Erfüllung mit mangelhaften Sachen.

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer
Hohen Juristischen Fakultät der Philipps-Universität
Marburg,
vorgelegt von

Hermann Schlegel
Referendar in Magdeburg.

Quakenbrück 1927
Buchdruckerei C. Trute.

Angenommen von der Juristischen Fakultät
der Universität Marburg im Mai 1927.
Berichterstatter: Geheimer Justizrat Prof. Dr. Leonhard.

Meinen Eltern

*

Meinen Freunden.

Schriften.

I. Lehrbücher.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht 1876—84.
Berndorff, Die Gattungsschuld 1900.
Bruck, Die Beweislast hinsichtlich der Beschaffenheit des Kaufgegenstandes. 1874.
Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 7. Aufl. 1922.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts 1902.
Dernburg-Raape, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs. 4. Aufl. 1915.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht 1896/97.
Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag. 1899.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. 1903.
Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. 2. Aufl. 1906.
Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (Schuldverhältnisse). 23.—27. Aufl. 1927.
Gierke, Deutsches Privatrecht III (Schuldrecht). 1917.
Hanke, Das Sonderrecht des Viehhandels. 1910.
Haymann, Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung beim Kauf. 1913.
" Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache. 1912.
Kisch, Nachträgliche Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen. 1900.
Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen. 1900.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II. 1906.
Krahmer, Gegenseitige Verträge. 1904.
Krückmann, Anfechtung und Wandlung und Schadenersatz beim Viehkauf, 1904.
Landsberg, Das Recht des BGB. 1904.
Langheineken, Anspruch und Einrede. 1903.
Lehmann, Die Unterlassungspflicht. 1906.
Leonhard, Die Beweislast. 2. Aufl. 1926.
" Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse. 1896.
" Lehrbuch in kurzen Sätzen. 1923.
" Verschulden beim Vertragsschluß. 1910.
Makower, Das HGB mit Kommentar. 1907.

Mathiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 6./7. Aufl. 1914.
Meisner, Die Vorschriften des BGB über die Viehgewährschaft. 2. Aufl. 1908.
Pisko, Gewährleistungs-, Nichterfüllungs- und Irrtumsfolgen bei Lieferungen mangelhafter Ware. 1921.
Puchta, Pandekten. 12. Aufl. 1877.
Rosenberg, Die Beweislast. 1900.
Schmidt (Rudolf), Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht. 1915.
Schneider, Rechtsregeln des Viehhandels. 1899.
Schroeder, Zur Gewährleistung für Sachmängel beim Kauf. 1903.
Sohm-Mitteis-Wenger, Institutionen des römischen Rechts. 17. Aufl. 1923.
Staub, Die positiven Vertragsverletzungen. 2. Aufl. 1913.
Stölzle, Viehkauf. 6. Aufl. 1926.
Titze, Unmöglichkeit der Leistung. 1900.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch der Pandekten. 9. Aufl. 1906.
Zitelmann, Nichterfüllung und Schlechterfüllung. (Bonner Festgabe für P. Krüger 1911. S. 265 ff.)

II. Dissertationen.

Adler, Ueber Abschlußverschulden. Freiburg 1923.
Dix, Ueber Abschlußverschulden. Marburg 1923.
Ehrlich, Gewährleistung beim Kauf. Greifswald 1900.
Goudefroy, Gewährleistung beim Kauf. Rostock 02.
Hamburger, Georg. Haftung und Unmöglichkeit. Berlin 1914.
Herz, Positive Vertragverletzung. Gießen 1914.
Julius, Verpflichtungen zu mangelfreier Lieferung. Erlangen 07.
Knott, Gewährleistung beim Kauf. Halle 1903.
Kreplin, Positive Vertragsverletzung. Würzburg 1914.
Lehmann, Konkurrenz zwischen § 459 ff. und § 323 ff. Greifswald 1910.
Mensing, Wandlung und Minderung. Bonn 1900.
Nowicki, Verpflichtung des Käufers zu mangelfreier Leistung. Erlangen 1907.
Petri, Rechtsmängel beim Sachkauf. Straßburg 1899.
v. Reichmeister, Unmöglichkeit der Leistung und Gewährleistung beim Kauf. Breslau 1914.
Scheer, Gewährleistung beim Handelskauf. Rostock 04.
Schernowsky, Konkurrenz zwischen §§ 459 ff. und 323 ff. Rostock 01.
Stahl, Haftung des Verkäufers wegen Mängel. Erlangen 1898.
Stamm, Haftung beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften. Leipzig 1902.
Teschner, Sachmängel beim Viehkauf. Leipzig 1923.
Wetzel, Zusicherung einer Eigenschaft beim Kauf. Erlangen 1910.
Levy, Nachbesserungsanspruch des Käufers. Leipzig 1906.
Liebmann, Konkurrenz zwischen §§ 459 ff zu 119, II. Marburg 1912

III. Wichtigere Abhandlungen.

Adler, Beiträge zum Recht der Gewährleistung. ZHR 75. 453 ff.
„ Kaufrechtliche Untersuchungen. Grünhut Z 39. 511 ff.
Bekker, Sachliches und Sprachliches zum BGB.
JJ 49. 1 ff, insbes. 51 ff.
v. Blume, Der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Lieferung einer mangelhaften Sache und seine Verjährung. Jher. J 55. 209 ff.
Brecht, System der Vertragshaftung. Jher. J. 53. 213 ff.
Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach BGB. Gruch. 43. 305 ff.
Flechtheim, Aufhebungsanspruch und Einrede. Gruch. 44. 65 ff.
Goldberger, Betrachtungen über die Einrede des nichterfüllten Vertrages. Seuff. Bl. f. RA 75. 165 ff.
Heerwart, Ueber die exceptio non adimpleti contractus und non rite adimpleti contractus. AZB 7. 335 ff.
Hellbach, Mängel der verkauften Sache. R 05. 6 ff.
Hoeniger, Lieferung mangelhafter Ware nach eingetretenem Lieferungsverzuge. LZ 11. 576 ff.
Kiehl, Von der qualitativen Unmöglichkeit beim Kaufe einer bestimmten Sache. Gruch. 60. 609 ff.
Kiß, Zur Frage der sog. positiven Vertragsverletzungen. ABR 31. 175 ff.
Kloß, Gewährleistung wegen Mängel und Fehler der Sache. Sächs. A. f. bürg. Recht u. Proz. Bd. 9. 273 ff.
Kluckhon, Sachmängel und Abnahmepflicht beim Kauf. Gruch. 59. 1038 ff.
Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß. AZP 101. 1 ff.
„ Nachlese zur Unmöglichkeitslehre. Jher. J 57. 1 ff u. 59. 20 ff, 233 ff.
Oertmann, Beitrag zur Frage der Haftung für Verschulden beim Vertragsabschlusse. LZ 14, 513 ff.
„ Entstehung der ädilizischen Ansprüche. Seuff. Bl. RA 76. 1 ff.
„ Sachmängel und Abnahmepflicht. R 09, 617 ff.
Roth, Gewährleistung wegen Sachmängel beim Spezieskauf. JW 13. 1081 ff.
Schaper, Wesen und Wirkungen der Wandlungseinrede. J. J. 52. 233 ff.
Schneider, Zusicherung beim Kauf. R 03. 522 ff.
Schöller, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag. Gruch. 46. 1 ff, 253 ff.
Schollmeyer, Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf. JJ 49. 93 ff.

Wolff, Sachmängel beim Kauf. JJ 56. 1 ff.
Wolzendorff, Zur Frage der Konkurrenz von Eigenschaftsirrtum und Mängelgewähr. AZP 64. 310 ff.

IV. Kommentare.

Achilles-Greiff, BGB. 11. Aufl. 1923.
Düringer-Hachenburg, Das HGB. 2. Aufl. 1913.
Fischer-Henle, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 11. Aufl. 1921.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerl. Gesetzbuch. 2. Aufl. 1903—14.
Lindemann-Soergel, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. 1923.
Neumann, Handausgabe des BGB. 6. Aufl. 1912.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 3. 4. Aufl. 1910.
Planck, Kommentar zum BGB. 4. Aufl. 1923.
Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB. 5. Aufl. 1923.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse 1900.
Staub-Koenige, Kommentar zum HGB. 12./13. Aufl. 1926.
Staudinger, Kommentar zum BGB. 7./8. Aufl. 1912—23.
Warneyer, Kommentar zum BGB. 1922.

Die Abkürzungen entsprechen den „Vorschlägen des Deutschen Juristentages für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken" (1905, Guttentag-sche Verlagsbuchhandlung).

Inhaltsangabe.

1. Teil.

Die Erfüllungs- und die Gewährleistungspflicht.

3. Teil.

Erfüllungs- und Gewährleistungsrecht bei den Sachverträgen außer dem Kauf.

Die Erfüllungs- und die Gewährleistungspflicht.

§ 1.

Einleitung.

Der überwiegende Teil der aus Rechtsgeschäften, welche die Gewährung von Sachen zu irgend einem rechtlichen Zweck zum Inhalte haben, entspringenden Streitigkeiten beruht auf der Mangelhaftigkeit der geleisteten Sachen. Daher bleibt es eine der wichtigsten Fragen des Schuldrechts, von welcher Beschaffenheit die zu leistende Sache sein muß, damit ihre Lieferung als vertragsmäßige Erfüllung der durch den Geschäftsabschluß vom Schuldner übernommenen Verpflichtung gelten kann. Die Bedeutung der Streitfrage zeigt sich bei vielen rechtlich wichtigen Anlässen. So erlischt das Schuldverhältnis gemäß § 362, wenn die „geschuldete" Leistung an den Gläubiger bewirkt wird. Nach § 294 muß dem Gläubiger die Leistung so angeboten werden, „wie sie zu bewirken ist". Geht die Leistung nach Geschäftsabschluß unter, so wird der Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung frei, § 275. Gemäß § 284 gerät der Schuldner in Verzug, wenn er auf eine nach Fälligkeit der Leistung erfolgende Mahnung nicht leistet. — Ob eine mangelfreie Leistung in den angezogenen Bestimmungen vorausgesetzt wird, kann diesen selbst nicht entnommen werden, zumal nur die §§ 294, 362 die Beschaffenheit der Leistung in allgemeinster Form berücksichtigen, die §§ 284, 275 aber nur schlechthin von der Leistung sprechen.

Zu allen Zeiten hat sich die Gesetzgebung mit der angeschnittenen Frage befaßt und eine Haftung für Mängel der Sache ausgesprochen. Der Umfang und Inhalt dieser war in den einzelnen Zeiten verschiedenartig. Anfangs in den engsten Grenzen gehalten, wurde sie allmählich mit der Entwicklung der Wirtschaft mehr und mehr erweitert. Naturgemäß mußte sich die Haftung wegen Mängel der Sache auf dem Gebiete des Güteraustausches, des Kaufes, ausbilden. Ihre Bedeutung gerade für das Kaufrecht hat daher ihre Regelung im BGB beim Kauf angezeigt erscheinen lassen. Zweifellos mißbilligt das BGB die mangelhafte Leistung: Es gibt dem Käufer Ansprüche und bedroht den mangelhaft leistenden Verkäufer mit bestimmten rechtlichen Nachteilen. Es fragt sich nur, ob der Verkäufer auf Grund der ihn treffen-

den Haftung für Sachmängel verpflichtet ist, das zu gewähren, wofür er haftet. Mit anderen Worten: ist der Verkäufer zu mangelfreier Leistung verpflichtet? Hat mangelhafte Leistung Erfüllungswirkung? Finden insbesondere dann, wenn die mangelfreie Leistung dem Schuldner unmöglich ist, die Unmöglichkeitsvorschriften Anwendung?

§ 2. Erfüllungs- und Gewährleistungspflicht (entwickelt am Kaufrecht).

1. Gerade von der Seite der Unmöglichkeit der Leistung her versuchen viele Schriftsteller [1]) die Frage zu beantworten, indem sie lehren, daß jede Mangelhaftigkeit der geleisteten Sache eine Unmöglichkeit der Erfüllung begründe. Der Ausgangspunkt dieser Lehre ist falsch. Ob eine Leistung unmöglich ist oder nicht, kann nicht ohne Bezugnahme auf eine Pflicht, die versprochene Sache in einem bestimmten Zustand zu leisten, gelöst werden. Unmöglich kann nur eine geschuldete Leistung werden, wie man auch nur in einer geschuldeten Leistung in Verzug geraten kann. Die Feststellung, daß ein Mangel Unmöglichkeit der Erfüllung zu begründen vermag, nützt für sich allein nichts und trägt zur Lösung der Frage in dieser Form nicht bei. Es muß vielmehr zuerst gefragt werden, ob der Schuldner auch verpflichtet ist, mangelfrei zu leisten. Nur wenn das zutrifft, kommt die Feststellung der Gegner als weitere Voraussetzung zur Begründung von Ansprüchen aus dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeit in Betracht. Die Richtigkeit des Gesagten beweisen klar die §§ 320 ff., die stets nur von der Unmöglichkeit oder dem Verzug der dem Schuldner obliegenden Leistung sprechen. Obliegen und schulden bedeuten jedoch dasselbe, sind identische Begriffe. So weist die von der Unmöglichkeit ausgehende Ansicht mit Notwendigkeit auf die andere hin, welche die Vertragspflicht des Schuldners zum Ausgangspunkt nimmt [2]). Nur von dieser aus kann die Frage gelöst werden. Es gibt eben keine Unmöglichkeit und keinen Verzug der Leistung ohne eine auf sie gerichtete Verpflichtung. Diese ist jenen gegenüber die rechtliche Grundlage und das logische prius. Daher kann die Mangelhaftigkeit der geleisteten Sache nur dann Unmöglichkeit oder Verzug der Leistung be-

[1]) Regelsberger Grünhut XI 437 (für gem. R.), JJ 40. 269, 274 (für BGB); Kisch 168, 193 ff.; Titze 43 ff., 255 ff., 274 ff.; Kleineidam 155; Goldmann-Lilienthal § 84 Anm. 60, § 85 Anm. 13; Schöller 14, 20; Stahl 6 ff.; Windscheid-Kipp II § 395, widersprechend mit sich selber aber S. 654; Schernowsky 1 ff.

[2]) Emerich 19, 68 f.; Cecius 306; Ehrlich 19; Landsberg § 124 (Verzug entscheide); Crome II § 220.2 und sich diesem anschließend Schroeder 5 (nur bei Arglist und Garantieversprechen); Schollmeyer 93 ff.; Wolff 1 ff.; v. Blume 210 f.; Enneccerus § 335 1; unentschieden Mensing 1 Anm. 1; Krückmann, Viehkauf 104 Anm. 1, 110.

gründen, wenn der Schuldner verpflichtet ist, die Sache frei von Mängeln zu liefern.

2. Untersucht man unter Berücksichtigung dieser Sätze das Kaufrecht, so ergibt sich folgendes.

§ 433 I besagt, daß der Käufer durch den Kaufvertrag „verpflichtet“ wird, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum daran zu verschaffen. Somit nimmt § 433, die Grundlage der Kauflehre, keine ausdrückliche Stellung zu der Frage, ob der Verkäufer frei von Sachmängeln zu leisten habe; nur Besitzübergabe und Eigentumsverschaffung nennt es als vertragliche Pflichten des Verkäufers. Ergänzend bestimmt § 434, daß der Verkäufer „verpflichtet“ ist, dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von Rechten Dritter zu verschaffen; und nach § 435 ist er „verpflichtet“, nicht bestehende Rechte an Grundstücken zur Löschung zu bringen. — Nach § 459 hingegen „haftet“ der Verkäufer dafür, daß die verkaufte Sache im Zeitpunkt des Gefahrüberganges frei von Fehlern ist und die zugesicherten Eigenschaften aufweist. Ebenso spricht § 468 von einer „Haftung“ des Verkäufers für die zugesicherte Größe eines Grundstücks.

Hieraus geht deutlich hervor, daß das Gesetz in den angezogenen Bestimmungen eine Differenzierung im Ausdruck vornimmt. Während es nämlich in den §§ 433, 434, 435, insbesondere 440 von „Verpflichtungen“ des Verkäufers spricht, bedient es sich in den §§ 459, 468, welche von der Beschaffenheit der Kaufsache handeln, des Ausdrucks „Haftung“. Allerdings findet sich der Ausdruck „haften“ auch in anderen Bestimmungen, die sich an § 433 anschließen, so in den §§ 436—38. In den §§ 439, 460, 461 endlich redet das Gesetz von einem „Vertreten“ eines Mangels durch den Verkäufer. Liegt hier nur eine ungenaue Audrucksweise des Gesetzes vor oder verbirgt sich hinter diesem Unterschied im Ausdruck auch ein Unterschied in der grundsätzlichen Auffassung desjenigen, worauf der Verkäufer „verpflichtet“ ist und wofür er „haftet“?

Stellt man auf die Ausdrücke „vertreten“ oder „haften“ ab, so muß man wohl aus äußerlichen Gründen die Frage verneinen; denn sie kommen in den beiden an die Vorschriften der §§ 433 und 459 sich anschließenden Bestimmungen vor. Diesem Schluß steht aber immer noch die unterschiedliche Verwendung der Ausdrücke „Verpflichtung“ und „Haftung“ in den §§ 433 und 459 entgegen. Bedeutungvoll hierbei ist der Umstand, daß gerade diese beiden Bestimmungen die Hauptpflichten des Verkäufers enthalten; die sich ihnen anschließenden Bestimmungen nehmen offensichtlich auf sie nur Bezug, indem sie diese spezialisieren. Besonders auffallend ist die Tatsache, daß die Verletzung der dem Verkäufer nach §§ 433 ff. obliegenden Pflicht gemäß § 440 andere Rechtsfolgen erzeugt als die Verletzung der sich aus § 459 erzeugenden Haftpflicht gemäß § 462. Liegt da der Schluß nicht nahe, daß es sich nicht um eine einzige, allgemeine, etwa die

„Verkäufer"-Pflicht, sondern um zwei ganz verschiedene Pflichten handelt? Und wären beide Pflichten, an deren Verletzung die angezogenen Bestimmungen anknüpfen, wirklich gleichartig, bezögen sich beide auf eine im Grunde dieselbe, einheitliche Pflicht des Verkäufers, wäre also die Haftpflicht wegen Sachmängeln ein Teil der sich aus den §§ 433 ff. ergebenden Verpflichtung, so müßten folgerichtigerweise auch im Falle ihrer Verletzung dieselben Rechtsfolgen eintreten. Denn die Verletzung ein- und derselben Pflicht des Verkäufers kann nicht einmal diese und ein andermal jene Rechtsfolgen hervorrufen. Dies ist aber offensichtlich der Fall: § 440 verweist bei der Verletzung der aus §§ 433 ff. fließenden Pflicht auf die Vorschriften der §§ 320—27, also auf die allgemeinen Rechtsfolgen der Nicht erfüllung gegenseitiger Verträge; § 462 hingegen stellt ganz neue, dem Allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse fremde Rechtswirkungen auf. Im Hinblick auf den Wortlaut des Gesetzes und den Eintritt der verschiedenen, einander völlig fremden Rechtswirkungen kann nicht bezweifelt werden, daß ein begrifflicher Unterschied der den Verkäufer nach §§ 433 ff. und nach §§ 459 ff. treffenden Pflichten besteht. Jede von ihnen muß eine besondere, von der anderen unabhängige, ihrer Wirkung, ihrem Wesen und Inhalt nach eigenartige Pflicht sein. Die erstere hat das entscheidende Kriterium darin, daß an ihre Verletzung die Folgen der Nichterfüllung von Verträgen geknüpft werden. Es handelt sich bei ihr demnach um die Erfüllung des Kaufvertrages. Folglich kann diese Pflicht des Verkäufers treffend „Erfüllungspflicht" genannt werden. Die im § 459 aufgestellte Pflicht aber hat es damit nicht zu tun. Sie betrifft die Haftung des Verkäufers für die mangelhafte Beschaffenheit der Sache. Da diese Haftpflicht in der Rechtswissenschaft die Bezeichnung „Gewährleistung" bekommen hat, die auch vom BGB übernommen worden ist, kann sie nicht besser als „Gewährleistungspflicht" bezeichnet werden.

§ 3. Die Erfüllungspflicht.

1. Die Erfüllungspflicht ist die Verpflichtung des Schuldners, die versprochene Leistung an den Gläubiger in Schuldtilgungsabsicht zu bewirken [1]. Worin die versprochene Leistung besteht, bestimmt sich nach dem im einzelnen Falle abgeschlossenen Rechtsgeschäft.

1. Fast jedes Schuldverhältnis kennt eine Erfüllungspflicht. Ihre wichtigste Quelle ist das Rechtsgeschäft. Auch einseitige Rechtsgeschäfte können eine Erfüllungspflicht haben. Das beweist die Auslobung [2], § 657, wonach der Auslober unter bestimmten Voraussetzungen zur Entrichtung der Belohnung ver-

[1] Schollmeyer 93.

[2] Deren Charakter als einseitiges Rechtsgeschäft nach BGB unzweifelhaft ist. Vgl. statt aller Enneccerus § 379 I 2, Leonhard, Lehrb. 84.

pflichtet ist. Immerhin findet sich bei einseitigen Rechtsgeschäften nur selten eine Erfüllungspflicht. Ihr Hauptgebiet ist vielmehr der Vertrag. Sowohl bei den einseitig verpflichtenden (Schenkung, Auftrag, Leihe) wie auch — und das ist der häufigste Fall — bei den gegenseitig verpflichtenden Verträgen (Kauf, Dienstvertrag, Miete usw.) gibt es die Erfüllungspflicht als Hauptverpflichtung des Schuldners. Hervorzuheben ist, daß die sog. Realverträge (Leihe, Verwahrung, Darlehn) nicht dem Geber der Sache, sondern dem Empfänger eine Erfüllungspflicht auferlegen. Das folgt aus ihrer Natur als Realverträge; denn wenn auch nach dem Gesetz bei ihnen der Vertrag erst durch die Hingabe der Sache geschlossen wird, kann nicht schon eine auf sie gerichtete Erfüllungspflicht bestehen. Aber nicht jedes Rechtsgeschäft kennt eine Erfüllungspflicht, sie kommt vielmehr nur bei den schuldrechtlichen Geschäften vor, nicht dagegen bei den dinglichen, welche Verfügungen enthalten. Das dingliche Geschäft erfolgt nur auf Grund der Erfüllungspflicht, es bringt den durch die Begründung der Erfüllungspflicht beabsichtigten Rechtserfolg zur Durchführung. Das gilt besonders für alle Verfügungsgeschäfte, auch für die, welche im schuldrechtlichen Teil des BGB geregelt sind, z. B. Aufrechnung, Erlaßvertrag, Uebertragung einer Forderung. Dasselbe gilt für die nicht geregelten dinglichen Verträge der Novation und der Umwandlung eines obligatorischen Rechtsgeschäfts.

Im Gesetz ist die Erfüllungspflicht rein äußerlich schon durch den Ausdruck des „Verpflichtetseins" gekennzeichnet, so in den §§ 433, 535, 581, 611, 631, 652, 657, 662, 688, 705. Bei allen denjenigen Rechtsgeschäften, welche auf die Leistung einer Sache abzielen, wird sie ferner durch die Ausdrücke „verschaffen" (§§ 433, 651) oder „gewähren" (§ 535, 581) gekennzeichnet.

2. Ihre kennzeichnenden Merkmale weist die Erfüllungspflicht dann namentlich auf, wenn der Schuldner ihr nicht nachkommt, wenn er sie verletzt. Die Verletzung der Erfüllungspflicht heißt Nichterfüllung und erfolgt entweder in der Form der Unmöglichkeit oder des Verzuges.

a) Damit aus der Verletzung für den Gläubiger Ansprüche entstehen, müssen stets zwei Voraussetzungen vorliegen; eine objektive und eine subjektive. Demgemäß kann von einem objektiven und einem subjektiven Tatbestand [3]) der Nichterfüllung gesprochen werden. Unter dem objektiven Tatbestand ist hierbei immer die Nichtbewirkung der versprochenen Leistung zu verstehen. Es bedarf keiner weiteren Darlegung, daß bei den zwei im Gesetz ausdrücklich geregelten Fällen der Nichterfüllung, der Unmöglichkeit und dem Verzuge, bei jenem der objektive Tatbestand darin besteht, daß die versprochene Leistung unbewirkbar ist (objek-

[3]) Der Uebernahme dieser aus dem Strafrecht stammenden Begriffe in das Schuldrecht stehen keine Bedenken gegenüber.

tiv oder subjektiv), bei dieser darin, daß der Schuldner die Leistung wohl bewirken könnte, sie aber verzögert. — Damit aber Rechtsfolgen zugunsten des Gläubigers aus diesem objektiven Tatbestand entspringen können, muß noch der subjektive Tatbestand gegeben sein. Diesen bildet das Verschulden. Nur dann kann der Gläubiger Rechte aus der Nichterfüllung herleiten, wenn der Schuldner die Nichtbewirkbarkeit oder die Verzögerung der Leistung zu vertreten hat.

b. Da die Erfüllungspflicht eine allgemeine schuldrechtliche Pflicht des Schuldners ist, treten auch die allgemeinen Rechtsfolgen der Nichterfüllung einer Verpflichtung ein. Die Rechtsfolgen ihrer Verletzung finden sich daher im Allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse, §§ 280 ff., 286 ff., 306 ff., 320 ff. Die Anwendung dieser Normen bietet keine Besonderheiten für die hier zu lösende Frage.

3. Nicht anders liegen die Dinge bei der sog. „Gewährleistung für Mängel im Recht". Beim Kauf bestehen die rechtlichen Mängel der Sache hauptsächlich in Rechten, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können (dingliche Rechte wie Grunddienstbarkeiten, Pfandrechte, Vormerkungen, obligatorische Rechte wie Miet- und Pachtrechte, Veräußerungsverbote zugunsten bestimmter Personen). Dasselbe gilt nach näherer Maßgabe des § 541 für die Miete und des § 651 für den Werklieferungsvertrag.

Jeder rechtliche Mangel der gelieferten Sache bedeutet eine teilweise Nichterfüllung der Erfüllungspflicht. Der Verkäufer hat demnach die Kaufsache frei von rechtlichen Mängeln zu leisten. Das ergibt schon der Wortlaut des Gesetzes. Gemäß § 434 f. trifft den Verkäufer die „Verpflichtung", die Sache frei von Rechtsmängeln zu „verschaffen". Wie schon oben dargelegt wurde, sind die Wendungen „Verpflichtung" und „verschaffen" oder „gewähren" einwandfreie Kriterien für die Erfüllungspflicht. Einen weiteren und zwar den sichersten Prüfstein für die Richtigkeit der Ansicht, daß die sog. Gewährleistung wegen Rechtsmängel bloße Erfüllungspflicht, echte Schuldnerpflicht [4]) ist, geht aus der Bestimmung des § 440 [5]) hervor, der an die Leistung der mit Rechtsmängeln behafteten Sache die allgemeinen Folgen der Nichterfüllung gegenseitiger Verträge knüpft. Damit verweist § 440 auch auf die Voraussetzungen dieser Bestimmungen, also auf deren objektiven und subjektiven Tatbestand [6]). Ueber den objektiven Tatbestand können theoretische Zweifel nicht bestehen. Wohl aber ist bestritten worden [7]), daß die Geltendmachung der Rechte namentlich aus § 325 f. den Nachweis eines Verschuldens, also

[4]) Leonhard, Lehrbuch 75. Kluckhohn, Gruch. 59. 1039 f.

[5]) Dernburg-Raape, § 184 I; Pisko 43.

[6]) Ungenau Mathiaß, § 105 II A. Richtig Oertmann § 440.2; RGR 440.1 c; Planck I 5 c vor § 275.

[7]) Petri 50—53.

des subjektiven Tatbestandes, erfordere. Diese Ansicht wird mit der im Gesetz statuierten Erfüllungsgarantie des Verkäufers begründet. Abgesehen davon, daß mit solchen Wendungen im Grunde wenig bewiesen wird, steht dieser Meinung bei nachträglichem Unvermögen des Schuldners die ausdrückliche Bezugnahme des § 440 I auf § 325, der nur Schadenersatz wegen vertretbarer Unmöglichkeit gewährt, besonders aber die Heranziehung des § 323 entgegen. Die letztere Bestimmung wäre hier völlig gegenstandslos, wenn der Verkäufer für jeden nachträglich eingetretenen Rechtsmangel nach § 325 haftete [8]). Die Verweisung auf die einzelnen Bestimmungen über Unmöglichkeit und Verzug, deren jede andere Voraussetzungen hat, wäre sehr ungenau, wenn damit nicht auch eine Modifikation der Haftung, insbesondere eine Verschärfung im Falle des Verschuldens bezweckt wäre. Für die Annahme einer objektiven Erfolgsgewähr liegen demnach keine Anhaltspunkte vor [9]). Dieser Standpunkt ist auch in den Protokollen zu unzweideutigem Ausdruck gekommen [10]).

Hieraus ergibt sich deutlich, daß die Haftung für Rechtsmängel dieselben Voraussetzungen und Wirkungen hat wie die wegen Nichtverschaffung der Sache. Das Gesetz betrachtet somit die Haftung wegen eines Mangels im Recht nicht als Folge einer besonderen Garantiepflicht, sondern als einen Teil der Erfüllung des Vertrages [11]). Tut dies aber das Gesetz, so erübrigt sich auch die Bezeichnung „Gewährleistung" für Mängel im Recht; denn die echte Gewährleistung kennt, wie im nächsten Paragraphen darzulegen sein wird, keinen subjektiven Tatbestand. Daher sollte man im Interesse reiner Begriffe auf den Ausdruck „Gewährleistung für Mängel im Rechte" verzichten und der Sprachweise des Gesetzbuches folgen, das nur von einer „Haftung" wegen rechtlicher Mängel spricht. Da der Ausdruck „Haftung" [12]) rechtlich farblos ist und erst durch nähere Einzelbestimmungen erläutert wird [13]), so können durch ihn Irrtümer nicht entstehen. Daß hiermit nichts gegen den Begriff der „Mängel im Recht" gesagt ist, versteht sich von selbst. Dieser ist und bleibt unentbehrlich.

§ 4.

Die Gewährleistungspflicht.

Die Gewährleistungspflicht ist, allgemein gefaßt, die Pflicht des Schuldners, für die Freiheit von Sachmängeln gewisser Art und für das Vorhandensein gewisser Eigenschaften einzustehen. [1])

---

[8]) Schöller 4 ff.

[9]) Kisch 193 Anm. 2.

[10]) Prot. I. 656, 666 ff.

[11]) Enneccerus § 330 II. Kisch 193; Heymann 19 Anm. 1; Planck § 365.1; anders freilich Schloßmann JJ 45 97 ff.

[12]) Oertmann § 433.2 a γ $\beta\beta$.

[13]) So auch in den §§ 436—38 durch den folgenden § 440.

[1]) Schollmeyer 93.

I. Aus dieser Definition ergibt sich folgendes:

1. Die Gewährleistungspflicht ist eine Pflicht des Schuldners. Ihr Pflichtcharakter ergibt sich aus der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung und der Tatsache, daß sie im Falle ihrer Verletzung gewisse Ansprüche des Gläubigers und Verpflichtungen des Schuldners, die Haftung wegen der Mängel der Sache, erzeugt. Es besteht also, wie § 493 dies auch ausdrücklich ausspricht, eine besondere Verpflichtung zur Gewährleistung.

Zu unterscheiden sind die gesetzliche und die vertragliche Gewährleistungspflicht. Jene liegt dem Schuldner kraft Gesetzes ob und äußert die besonderen Rechtsfolgen der Wandlung und Minderung. Diese ergibt sich durch den Abschluß eines Garantievertrages, nachdem der Schuldner für das Vorhandensein gewisser Eigenschaften einzustehen verspricht. Die ihr eigene Rechtsfolge ist der Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung [2], an dessen Stelle das Gesetz aus praktischen Gründen allerdings auch die Rechte der Wandlung und Minderung gibt. Die vertragliche Gewährleistungspflicht kann auch in der Erweiterung der gesetzlichen Gewährleistungspflicht bestehen, wie aus der nachgiebigen Natur des Gewährleistungsrechts (§ 467) [3], besonder aber aus § 492 hervorgeht.

2. Die Gewährleistungspflicht kommt nur bei den Rechtsgeschäften vor, in deren Schuldinhalt eine Sache verstrickt ist; denn sie bezieht sich auf die Beschaffenheit dieser Sache. [4]) Nie gibt es daher eine Gewährleistungspflicht bei Verträgen, die nur Handlungen zum Gegenstand haben [5]). Demgemäß fehlt sie bei allen denjenigen Rechtsgeschäften, die keine Sache in das Schuldverhältnis einbeziehen, so namentlich beim Dienstvertrag, der Bürgschaft, der Anweisung usw. Aber nicht bei allen Sachgeschäften [6]) findet sich die Gewährleistungspflicht, sondern nur bei gegenseitigen Verträgen. Bei einseitigen Rechtsgeschäften und einseitigen Verträgen ist sie schon aus dem Grunde undenkbar, weil bei diesen ein objektiver Ausgleich zwischen Leistung und Gegenleistung infolge des Fehlens der letzteren unmöglich ist. [7]) So kennen weder Schenkung, Leihe, Verwahrung und Darlehn eine Gewährleistungspflicht. Daß es sich in den §§ 524, 600, 694 um eine Haftung aufgrund Verschuldens handelt, ist heute unstreitig [8]).

[2]) Wolff 44.

[3]) Enneccerus § 332.2.

[4]) Rechtsmängel gibt es hingegen auch bei Verträgen über Rechte, § 437 f.

[5]) Heerwart 362; Leonhard, Verschulden 54.

[6]) Gierke § 190 III.

[7]) So auch im Ergebnis Mot. II 224 f.

[8]) Vgl. unten III 2.

Die Gewährleistungspflicht gibt es demnach nur bei den vollkommen gegenseitigen Sachverträgen. Verschieden ist hier aber die rechtliche Durchführung. Während bei allen auf Veräußerung und Belastung einer Sache gerichteten Verträgen nach § 493 die kaufrechtlichen Bestimmungen über die Gewährleistungspflicht Anwendung finden, weisen die übrigen Sachverträge (Miete und Pacht einerseits, Werk- und Werklieferungsvertrag andererseits) eine völlige Sonderregelung der Gewährschaft auf [9]). Als Veräußerungsverträge [10]) sind solche anzusehen, die auf Uebertragung des Eigentums gerichtet sind. Hierher gehören außer dem Kauf hauptsächlich der Tausch, die Gemeinschaftsteilung [11]), soweit dabei das Eigentum an Sachen übertragen wird, die Leistung an Erfüllungsstatt [12]), die uneigentliche Verwahrung § 700 [13]), wenn es sich um Heimzahlung der Schuld handelt. — Für die Belastungsverträge, unter denen solche zu verstehen sind, durch welche ein Recht an einer Sache begründet wird, ist das Hauptbeispiel der im Schuldrecht nicht geregelte obligatorische Verpfändungsvertrag [14]).

Die Gewährleistungspflicht ist demnach nichts dem Kaufvertrage Eigentümliches. Wie sie aber in ihrem letzten Grunde aus dem Bedürfnis des Verkehrs nach Schutz für den reellen Warenumsatz hervorgegangen ist [15]), so ist sie auch überall da nicht anerkannt worden, wo das gleiche Schutzbedürfnis nicht vorliegt. Dieses fehlt bei allen unentgeltlichen Verträgen.

3. Den Inhalt der Gewährleistungspflicht bildet das Einstehen für die Abwesenheit von Mängeln. Das folgt schon aus dem Sprachbegriff der Gewährleistung. Sie ist dasselbe wie Garantie [16]). Wer garantiert — gewährleistet, will für das Gewährleistete einstehen. Er will eine Verpflichtung für den Fall übernehmen, daß das Gewährleistete auch eintritt, und will im

---

9) Schollmeyer 99 Anm. 2; Staudinger § 493.2; Neumann § 493.2.

10) Mit Recht weist Sohm (S. 210 Anm. 2) darauf hin, daß im genauen Sprachgebrauch des BGB der „Veräußerungsvertrag" nicht das Verpflichtungsgeschäft sondern das Verfügungsgeschäft bezeichnet. Insofern ist es ungenau, von der Gewährleistungspflicht bei Veräußerungsverträgen zu sprechen; denn nur bei Verpflichtungs-, nicht bei Verfügungsgeschäften gibt es eine Gewährleistungspflicht.

11) RG in R 11, Nr. 2522; OLG 22.237.

12) Staudinger § 493.1 a.

13) Staudinger § 493.1 a.

14) Düringer-Hachenburg III 215.

15) Düringer-Hachenburg III 151.

16) Dieses Wort ist ethymologisch aus dem deutschen „gewähren" entstanden und ist weiter nichts als dessen Romanisierung, vgl. Wolff 2.

Falle des Ausbleibens in bestimmter Weise haften. Er verspricht also nicht das Gewährleistete zu „gewähren" — verschaffen, sondern nur dafür einzustehen [17]). Insofern ist die Gewährleistung nicht identisch mit Gewährung und ebensowenig mit Leistung [18]). Man sieht hieraus, daß in der Gewährleistung ein der Bürgschaft ähnliches Element steckt. Genau wie der Bürge will auch der Gewährleistende „einstehen" für einen gewissen Erfolg, ohne sich aber selbst zu dessen Verschaffung zu verpflichten. Am deutlichsten zeigt sich das im Falle vertragsmäßiger Uebernahme der Gewährleistung, bei der Erweiterung der den Schuldner gesetzlich auferlegten Gewährleistungspflicht und bei der Zusicherung bestimmter Eigenschaften. Das ist auch durchaus die Auffassung, die dem BGB zugrunde liegt. So sagen die Motive [19]): „In der Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft kann jedoch nichts anderes als die Uebernahme der Garantie für das Vorhandensein dieser Eigenschaft und das Versprechen gefunden werden, für alle Folgen einstehen zu wollen, wenn die Eigenschaft fehlte." Das muß natürlich auch für die dem Verkäufer durch das Gesetz auferlegte Garantie gelten.

II. 1. Am deutlichsten offenbart sich das Wesen der Gewährleistungspflicht im Falle ihrer Verletzung. Das zeigt sich hinsichtlich der Voraussetzungen und Wirkungen der daraus entspringenden Ansprüche.

a) In starkem Gegensatz zu den Voraussetzungen der Rechte aus der Verletzung der Erfüllungspflicht stehen dem Gläubiger die Rechte aus der verletzten Gewährleistungspflicht auch dann zu, wenn dem Schuldner keinerlei Verschulden trifft [20]). Es fehlt hier also die Voraussetzung des subjektiven Tatbestandes. „Nur die Tatsache des Mangels wird gefordert, sie allein gibt schon Ansprüche." [21]) Somit beruht das Gewährschaftsrecht auf der genauen Abwägung von Leistung und Gegenleistung auf rein objektiver Grundlage. Bezeichnend hierfür ist auch, daß die Aedilen ursprünglich von solchen Mängeln ausgingen, die der Verkäufer regelmäßig garnicht entdecken konnte [22]).

Das wird nicht allgemein anerkannt. Viele kommen dadurch, daß sie den Grund der Gewährleistungspflicht nicht in der gesetzlichen oder vertraglichen Garantie, sondern in der Erwar=

[17]) Ebenso Dernburg=Raape § 185 I.

[18]) Wolff 2 f.

[19]) Mot. II 228, ebenso Denkschrift 62.

[20]) A. S. Schultze 148; Leonhard, Haftung 52 ff.

[21]) Krückmann AZP 101.198; ebenso Leonhard, Verschulden 53: „Die Ansprüche knüpfen sich mithin lediglich an die objektive Fehlerhaftigkeit der Sache und haben mit der Schuldfrage nichts zu tun".

[22]) Leonhard, Haftung 62 ff.

tung[23]) oder dem Irrtum[24]) des Käufers über die Beschaffenheit der Sache sehen, zu dem Ergebnis, daß die Gewährleistungsansprüche doch ihrem gesetzgeberischen Gedanken nach auf einem Verschulden des Verkäufers beruhen. Besonders bedenklich sind Wolffs Ausführungen (S. 10), daß der Verkäufer den mangelhaften Verkauf „verschuldet", „durch Gründe, die lediglich in seiner Person liegen, verursacht" habe. Und v. Blume (S. 215) meint, der Verkäufer hätte den Irrtum des Käufers im allgemeinen leichter als dieser vermeiden können. Dieser Lehre gegenüber kann nicht fest genug betont werden, daß die Gewährleistungsansprüche keinerlei Verschulden des Verkäufers voraussetzen. Auch dann, wenn er von der Mangelfreiheit der Sache ganz überzeugt war und sein durfte, trifft ihn gleichwohl die Gewährleistungspflicht. Ein Verschulden kann hier aber nicht vorliegen. Selbst über den rechtlichen Grund der Gewährleistungspflicht kann die Gegenmeinung nichts beweisen; denn den hier in Betracht kommenden Motivirrtum des Käufers über die mangelhafte Beschaffenheit der Sache berücksichtigt das Gesetz nur in den Schranken des Gewährschaftsrechts[25]), darüber hinaus können daher aus der Begründung mit dem Irrtum des Käufers keine Folgerungen gezogen werden. Die „Erwartung des Käufers" hingegen ist nur geeignet, den unentschiedenen Kampf um Windscheids „Voraussetzung" von neuem zu entfachen[26]). Gegen die bekämpfte Ansicht spricht auch die Tatsache, daß die Minderungsklage nicht in das System der Voraussetzung paßt. Denn wenn man auch sagen kann, daß der Käufer bei Kenntnis des Mangels nicht gekauft hätte, so folgt daraus noch nicht, daß er die Sache zu einem niedrigeren, geminderten Preise erwerben und der Verkäufer zu diesem verkaufen wollte.

b. Als weitere kennzeichnende Merkmale echten Gewährschaftsrecht müssen Wandlung und Minderung genannt werden. Nicht die allgemeinen Rechtswirkungen, wie sie an die Verletzung der Erfüllungspflicht geknüpft sind, treten ein, bei Verstößen gegenüber Gewährleistungspflicht, sondern die besonderen des § 462. Das Gesetz hat sie nicht als Abwandlungen der allgemeinen Verkäuferpflichten und Käuferrechte ausgebildet, sondern in der Form neuer, selbständiger Ansprüche[28]). Gerade dadurch, daß sie ganz von dem Nachweis eines Schadens absehen, bewähren sie in besonders günstiger Weise ihre Ausgleichsaufgabe.

---

[23]) Wolff 10 ff.; Roth 1082; Windscheid-Kipp II § 394; Dernburg-Raape II § 185 2 e.

[24]) v. Blume, 213 ff.; Pisko 26.

[25]) Haymann 17.

[26]) Kluckhohn 1045, Schroeder 16 Anm. 2.

[27]) Stahl 4.

[28]) Oertmann R 08.348.

2. In der kurzen Verjährung findet sich das letzte typische Merkmal der Gewährleistung[29]). Genau wie für die ganze Gewährleistung waren auch für ihre Anordnung nicht theoretische Gründe, sondern Erwägungen rein praktischer Art maßgeblich. Das Interesse des Geschäftsverkehrs[30]) legte sie ebenso nahe wie der Wunsch des Gesetzes, den Güterumsatz zu steigern[31]). Ein nicht zu unterschätzendes Zeugnis für die Richtigkeit der dargelegten Auffassung geben die Motive (II 238) ab: Die Abkürzung der Verjährungsfrist rechtfertige sich gerade deshalb, „weil die Ermittelung und Feststellung von Qualitätsmängeln nach Verlauf längerer Zeit kaum durchführbar und für den Verkehr die Zulassung des Zurückgreifens auf solche Mängel im höchsten Grade lästig und hemmend ist". Diesem berechtigten Interesse haben die Rechte aller Zeiten Rechnung getragen (so das honorarische Recht, das Sächs. BGB, das ALR, der Cod. Civ. usw.). Diese Gründe werden mit Recht sogar für stichhaltig gehalten, auch auf die vertraglichen Ansprüche aus Verschulden beim Vertragsschlusse u. der schuldhaften Leistung einer mangelhaften Sache angewandt zu werden[32]).

Zusammenfassend kann man kurz und treffend mit A. S. Schultze (S. 148) sagen: „Es gibt keinen gesetzlichen Gewährleistungsanspruch, zu dessen Begründung außer dem ... nackten Tatbestand (des Mangels) noch ein Verschulden des Verkäufers hinzutreten müßte und keinen, der nicht innerhalb 6 Monaten verjährte. Beide Momente bilden integierende Bestandteile aller Gewährleistungsansprüche und ihres Begriffs".

III. Diese Sätze werden nicht allgemein anerkannt. Namentlich scheint § 463 nicht zu ihnen zu passen. Wird nämlich die Richtigkeit des obigen Satzes nicht dadurch widerlegt, daß das Gesetz hier Schadenersatz, und vor allem Schadenersatz wegen Nichterfüllung gibt? Und wird in § 463.2 im Falle der Arglist nicht ein Verschulden des Verkäufers vorausgesetzt? Und dennoch steht er, genau wie die Wandlung und Minderung, im Gesetz unter der gemeinsamen Ueberschrift „Gewährleistung wegen Mängel der Sache". Und wie diese ist auch er der kurzen Verjährung des § 477 unterworfen.

Es ist zuzugeben, daß das Gesetz den Anspruch aus § 463 dadurch, daß es ihn unter dieselbe Ueberschrift wie die Wand-

[29]) A. S. Schultze 148.

[30]) Oertmann § 477.1.

[31]) Leonhard, Lehrbuch 75; Müller DJZ 06.703 ff.

[32]) Leonhard, Verschulden 67 ff.; Enneccerus § 335 Anm. 6; Oertmann § 477.5 c; namentlich RG in ständiger Rechtsprechung: 53.203; 56.169; 93.361; Seuff. A. 58.347; anders indessen Schultze, 149; v. Blume 239 ff.; Staub DJZ 03.389; Müller DJZ 06.703; Krückmann, Viehkauf 118 und AZP 101.231.

lung und Minderung stellt, als Gewährleistungsanspruch bezeichnet. Das ist aber der einzige aus der äußerlichen Anordnung zu entnehmende Grund. Nicht dagegen kann die kurze Verjährung als Beweisgrund über die rechtliche Natur dieses Anspruchs entscheiden; denn diese beruht, wie oben ausgeführt, allein auf praktischen Erwägungen.

Um hier zur Klarheit zu kommen, müssen die zwei in § 463 enthaltenen Fälle getrennt werden in den Schadenersatzanspruch wegen einer zur Zeit des Kaufabschlusses zugesicherten, aber nicht vorhandenen Eigenschaft, § 463 Satz 1, und den wegen arglistiger Verschweigung eines Fehlers, § 463 Satz 2.

1. Der Schadenersatzanspruch wegen einer bei Vertragsabschluß zugesicherten, aber nicht vorhandenen Eigenschaft ist ein wirklicher Gewährleistungsanspruch [33]. Das geht aus folgendem hervor:

a) Er setzt kein Verschulden voraus. Zwar könnte man meinen, daß dem Gesetzgeber darin, daß er eine Haftung nur für die schon bei Vertragsabschluß fehlende zugesicherte Eigenschaft aussprach, der Gedanke einer Haftung wegen Abschlußverschuldens vorgeschwebt habe [34]. Das Verschulden würde hier darin liegen, daß der Verkäufer ohne hinreichende Unterrichtung eine Eigenschaft garantiert, die schon bei der Garantieabgabe nicht vorhanden war. Der Verkäufer haftet also für seine Fahrlässigkeit bei der Abgabe der Garantie. Dieser Schluß wäre jedoch falsch. Denn selbst dann, wenn er von dem Vorhandensein der Eigenschaft fest überzeugt war und aus besten Gründen überzeugt sein durfte, trifft ihn die aus § 463 Satz 1 fließende Ersatzpflicht. Vom Verschulden kann hier offensichtlich keine Rede sein [35]. Nur im Falle der absichtlich falschen Zusicherung einer Eigenschaft könnte man von einem Verschulden reden. Diese fällt jedoch unter den Begriff der Arglist [36].

b. Die Zusicherung zeigt ebenso wie die gesätzliche Gewährleistung das Merkmal des Einstehens; nicht g e w ä h r e n, sondern g e w ä h r l e i s t e n, garantieren will der Zusichernde. Das zeigt sich besonders dann, wenn der Verkäufer eine unmöglich zu beschaffende Eigenschaft zusichert. Wer beispielsweise zusichert, der zu verkaufende Stock sei schon von Goethe getragen worden, will eben nur für die Folgen der Unwahrheit seiner Zusicherung einstehen, sie aber nie und nimmer verschaffen [37].

---

33) Mot. II 238 f.; Krückmann AZP 101.197; Schultze 153.

34) So Wolff 54; v. Blume 220: Die Haftung für dicta und prommissa sei weiter nichts als eine technisch unvollkommene Haftung für doloses Versprechen.

35) Schultze 148.

36) Schultze 150.

37) Vgl. insbes. unten § 8 II.

2. Ganz anders der aus Satz 2 des 463 entspringende Schadenersatzanspruch wegen eines arglistig verschwiegenen Fehlers! Er ist kein Gewährleistungs-, sondern ein Verschuldensanspruch.

a) Das ergibt sich aus der Analyse des arglistigen Verschweigens. Dieses setzt sich aus dem Vorsatz (Kenntnis des Mangels) und der Absicht zusammen, den Käufer durch die Handlung des Verschweigens in Unkenntnis des Fehlers zu halten, dessen Erkenntnis diesen vom Kauf abhalten könnte[38]). Es handelt sich also sogar um ein durch eine Absicht qualifiziertes Verschulden. Als Handlung der Arglist ist in § 463.2 nur das Verschweigen genannt; daß dem ein Verheimlichen gleichzustehen hat, bedarf ebensowenig einer besonderen Ausführung wie die Tatsache, daß die Arglist auch durch Reden, durch Versprechen des Vorhandenseins einer in Wahrheit abwesenden Eigenschaft betätigt werden kann. Daher kann man kurz mit Leonhard[40]) sagen, daß die Arglist auf Täuschung gerichtet sein muß.

b) Daß § 463.2 Verschuldenshaftung enthält, folgt weiterhin aus der im Regelfall begründeten Konkurrenz des aus ihm fließenden Anspruchs mit denen aus §§ 823 II, 826 und 123[41]). Die dem Gläubiger auf Grund dieser Vorschriften zustehenden Ansprüche gehören aber unzweifelhaft dem Verschuldensrecht an. Handelt es sich in § 463.2 nicht um eine Verschuldenshaftung, so wäre nie ein gesetzliches Zusammentreffen mit jenen Bestimmungen denkbar.

c) Die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht folgt auch aus der Art, wie die Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluß von der nach § 463.2 abgegrenzt wird. Mit der Haftung wegen arglistigen Verschweigens einer bereits bei Kaufabschluß bestehenden Fehlerhaftigkeit scheint prima facie die allgemein anerkannte Haftung wegen fahrlässiger Nichtoffenbarung eines Fehlers oder — weitergehend — eines für den Vertragszweck erheblichen Umstandes unvereinbar zu sein[42]). Es kann jedoch nicht bezweifelt werden, daß § 463.2, der seinem Grunde nach

---

[38]) So hauptsächlich Krückmann AZP 101.190 u. JJ 59.311 ff.; neuerdings auch Planck I 4 a bb vor § 275; dem Sinne nach auch Schultze 156; Roth JW 13.1083; Düringer-Hachenburg III 158; a. M. Gierke § 194.3 a; Leonhard Versch. 54, welche diese beiden Fälle nicht unterscheiden.

[39]) Enneccerus § 329 III 1; RG 62.150 und 302, JW 03.453, Gruch. 48.593, R 16 Nr. 924.

[40]) Leonhard Verschulden 55; übereinstimmend: Enneccerus RG 62.112, 66.336, 83.242, 92.295, 103.160.

[41]) Enneccerus § 335 II; RG 96.151. JW 13.88, Warn. 13 Nr. 190 und OLG Seuff. A 66.434.

[42]) So in der Tat Gierke § 190 III und für den Fall der Schlechterfüllung auch Müller 575; Nowicki 47.

eine Abschlußverschuldenshaftung enthält[43]), nur einen Teil der Haftungsfälle auf Grund schuldhaften Verhaltens beim Vertragsabschluß umfaßt, sowohl hinsichtlich des Gegenstandes (nur erhebliche Mängel im Sinne des § 459, u. z. bloß ursprüngliche), der Form und des Grades des Verschuldens (Vorsatz und Arglist) als auch der Art des Rechtsgeschäfts (nur der gegenseitige Vertrag des Kaufes). Beruhte der Schadenersatzanspruch des § 463.2 nicht auf einem Verschulden, wäre er also ein reiner Gewährleistungsanspruch, so könnte sich nie die Aufgabe einstellen, ihn von dem Schadenersatzanspruch wegen Abschlußverschuldens abzugrenzen. Er weist jedoch die Besonderheit auf, daß mit ihm nicht Ersatz des weiteren Schadens[44]), sondern nur des an der Sache bestehenden Schadens verlangt werden kann. Das ändert aber nichts an seiner rechtlichen Kennzeichnung als einem auf Verschulden beruhendem Anspruche.

b) Außerdem zwingt die Analogie zu dieser Auffassung. Es ist heute unzweifelhaft, daß auch die Ansprüche aus den §§ 524, 600, 678, 694 als Verschuldensansprüche aufgefaßt werden müssen[45]). Treffend wird dies durch die Haftung des Hinterlegers bewiesen, denn er ist dem unentgeltlichen Verwahrer zu überhaupt nichts verpflichtet, kann also auch nicht den Vertrag durch die Hingabe der Sache verletzen[46]). Erkennt man aber das Verschulden als die Grundlage dieser Haftungen an, so muß das auch für den Tatbestand des § 463.2 gelten[47]).

Somit erweist sich der Schadenersatzanspruch wegen eines arglistig verschwiegenen Fehlers als ein auf Verschulden des Verkäufers beruhender Anspruch. Das Verschulden ist hierbei in doppelter Hinsicht qualifiziert:

1. Nur arglistige Täuschung macht haftbar.

2. Diese muß sich auf einen Mangel der Sache beziehen.

Dem hat das Gesetz auch Rechnung getragen, indem es die allgemeine Rechtsfolge der Verschuldenshaftung anordnete, nämlich die Pflicht zum Schadenersatz. Daß es an deren Stelle auch die Wandlung und Minderung zuläßt, erklärt sich wiederum aus der Berücksichtigung praktischer Erwägungen.

Als Ergebnis dieses Paragraphen darf nunmehr festgehalten werden:

[43]) So bes. Planck I 4 a γ bb vor § 275; RGR § 276.1; Krückmann AZP 101.208 ff.

[44]) Leonhard Verschulden 56; Fischer-Henle 463.4; Wolff 55; anders v. Blume 223 ff.

[45]) Oertmann LZ 14.521 ff.; Krückmann AZP 101.197, 212 ff.; v. Blume 221 ff.; Planck I 4 a δ, β vor § 275.

[46]) v. Tuhr DJZ 01.472; v. Blume 22 ff.

[47]) Krückmann AZP 101.215.

1. Die Voraussetzung der auf der Gewährleistungspflicht beruhenden Haftpflicht des Schuldners ist stets nur die Mangelhaftigkeit der Sache, nie ein Verschulden des Verkäufers.

2. Die Rechtsfolgen der verletzten Gewährleistungspflicht sind regelmäßig nur die objektiven Ausgleichsansprüche der Wandlung und Minderung; nur im Falle der vertraglichen Gewährleistungspflicht in Form der Zusicherung gibt das Gesetz dem Gläubiger einen Schadenersatzanspruch.

§ 5. Vergleich der Erfüllungs- und Gewährleistungspflicht.

I. In § 3 ist die Erfüllungspflicht als eine selbständige Pflicht des Schuldners zur Gewährung der versprochenen Leistung an den Gläubiger in Schuldtilgungsabsicht bezeichnet worden. Hierbei wurde darauf hingewiesen, daß die aus ihrer Verletzung sich ergebenden Ansprüche ihre eigenen besonderen Voraussetzungen und Wirkungen haben. In § 4 hingegen wurde darzulegen versucht, daß die Gewährleistungspflicht die selbständige Pflicht des Schuldners ist, für die Freiheit von Sachmängeln gewisser Art einzustehen. Ihr Wesen zeigte sich namentlich in den sie erzeugenden Ansprüchen, die von Verschulden unabhängig sind und auf einen objektiven Ausgleich der beiden Leistungen abzielen.

Beide Pflichten sind folglich einander wesensfremd: Die Erfüllungspflicht kommt bei fast allen Schuldverhältnissen vor, die Gewährleistungspflicht nur bei gegenseitigen Sachverträgen; jene geht auf ein Verschaffen der Sache, diese auf das Einstehen für deren Beschaffenheit. Im Falle der Verletzung setzt jene für die Entstehung von Ansprüchen Verschulden voraus, diese dagegen nicht; in diesem Falle treten bei jener die Rechtsfolgen der Nichterfüllung gegenseitiger Verträge ein, diese hat ihre eigenen Rechtswirkungen; jene unterliegt der gewöhnlichen Verjährung, diese ihrer eigenen des § 477. Beide Pflichten können daher nicht scharf genug voneinander unterschieden werden [1]).

Die notwendige Folge aus dieser Erkenntnis ist, daß die eine nicht einen Teil der anderen sein kann, insbesondere, daß die Gewährleistungspflicht kein Teil der Erfüllungspflicht ist. Hieraus folgt, daß der Verkäufer demnach auf Grund der Gewährleistungspflicht nicht verpflichtet ist, mangelfrei zu leisten. Demgemäß muß mangelhafte Leistung auch Erfüllungswirkung haben.

II. Die Wesensverschiedenheit beider Pflichten schließt aber nicht aus, daß sie gemeinsame Berührungspunkte haben. In

---

[1]) Schollmeyer 93; Leonhard, Versch. 52; Schroeder 2; Hanke 96,114 f.; Gierke § 190 III 3 a; Dernburg-Raape § 185 Anm. 4; Julius 32; Oertmann § 433,2 a γ; Lindemann-Soergel 1 vor § 459.

erster Linie ist hierbei ihrer rechtlichen Grundlage, des Vertrages, zu gedenken. Beide sind von dem abgeschlossenen Vertrage abhängig[2]). Ist dieser von Anfang an nichtig oder wird seine Nichtigkeit durch rechtswirksame Anfechtung herbeigeführt, so entfällt sowohl die Erfüllungs- wie die Gewährleistungspflicht. Und ist die Nichtigkeit des Vertrages (z. B. infolge Nichtbeobachtung zwingender Formvorschriften) durch Erfüllung geheilt worden, so ist mit der Heilung auch die Gewährleistungspflicht gültig entstanden. Ebenso entfällt die Gewährleistungspflicht, wenn die Erfüllungspflicht durch unverschuldetes Unmöglichwerden der Leistung oder durch Erlaß aufgehoben wird. Erfüllungs- und Gewährleistungspflicht stehen und fallen mit dem Vertrage. Daß sich hier eine gewisse Abhängigkeit (Akzessorietät) der Gewährleistungspflicht von der Erfüllungspflicht offenbart, ist unzweifelhaft. Sie ist nur eine Folge davon, daß die Erfüllungspflicht sich auf die Sache schlechthin, die Gewährleistungspflicht aber auf deren Beschaffenheit bezieht. Neben der Abhängigkeit kann man auch noch eine gewisse Subsidiarität der Gewährleistungspflicht gegenüber der Erfüllungspflicht feststellen. In erster Linie kann nämlich stets nur auf die Sache schlechthin geklagt werden. Wird garnicht geleistet, so steht nur die Erfüllungspflicht in Frage. Und erst wenn geleistet worden ist oder werden soll, kommt die Gewährleistungspflicht in Frage. Auch hier bewährt sich wiederum der schon oben (§ 4 I 3) benutzte Vergleich der Gewährleistungspflicht mit der Bürgschaft. — Es gibt aber auch umgekehrt eine Beeinflussung der Erfüllungspflicht durch die Gewährleistungspflicht deutlich im Kaufrecht bei der Haftung wegen der Mängel, die erst nach Kaufabschluß, aber vor Gefahrübergang entstehen. Das ist indessen unten (§ 10) darzulegen und zu beweisen.

III. Ist der Vertrag gültig, so entstehen Erfüllungs- und Gewährleistungspflicht gleichzeitig mit dem Vertragsabschluß[3]). Die Richtigkeit dieses Satzes ergibt sich aus folgenden Gründen:

1. Die Gegenansicht findet im Gesetz keine Stütze[4]).

a) Wenn sich nämlich die Gegner, vor allem das Reichsgericht, darauf berufen, daß gemäß § 459 die Gewährschaftsansprüche die Uebergabe der Sache voraussetzen, so beruht ihr Argument auf einer falschen Auslegung des Gesetzes. § 459 sagt

---

[2]) Schollmeyer 93; Langheineken 238.

[3]) Schollmeyer 93; Leonhard, Beweislast 366; Krückmann LZ 15.1357 und Kr. V. Schr. 46.237 ff.; Adler, Grünhut 39.537; Enneccerus § 331 II 1 d; Ebbecke R 11.746 ff.; Pisko 41 ff.; Langheineken 238; Schneider ABR 41.445 ff.; Julius 14; Warneyer § 459 VII; OLG 16.400; — a. M. Lindemann-Soergel § 459.4; Cosack § 127 VI 3; RG 53.73, Gruch. 53.940 uff.; teilweise abweichend auch Oertmann, Seuff. Bl. f. R. A. 76.7.

[4]) Adler, Grünhut 39.532 und ZHR 75.459; Kiehl JW 14.500.

nicht, daß die Gewährleistungsansprüche erst im Zeitpunkt des Gefahrüberganges entstehen, sondern vielmehr, daß der Verkäufer dafür hafte, wenn in diesem Zeitpunkt ein Mangel vorhanden ist. § 459 begrenzt also nur die Haftung für Sachmängel in zeitlicher Hinsicht [5]). Nur für die Mängel soll der Verkäufer haften, die im Zeitpunkt des Gefahrübergangs der Sache anhaften. Also nicht zeitlich ist die Haftung hinausgeschoben, sondern der Inhalt der schon durch Kaufabschluß begründeten Haftung geht dahin, daß für die Beschaffenheit der Ware in jenem späteren Zeitpunkt eingestanden werden muß.

b) Ferner spricht nicht § 459 von der Entstehung der Mängelansprüche, sondern erst § 462 [6]). Er bezeichnet die Wandlung und Minderung als Rückgängigmachung des Kaufes, also lediglich des schuldrechtlichen Vertrages [7]).

c) Nach § 464 verliert der Käufer seine Gewährleistungsansprüche, falls er sie sich bei der Annahme der Sache, die ein Tatbestandsstück der Uebergabe ist, nicht vorbehält. Logischerweise kann sich der Käufer aber nicht bereits Rechte vorbehalten, die er angeblich durch die vollendete Uebergabe erst erwerben soll; sie müssen ihm folglich schon vorher zustehen [8]).

d) Auch ist aus § 636 unzweifelhaft zu ersehen, daß die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche bereits vor Gefahrübergang zulässig ist. Hier ist die Wandlung ausdrücklich schon dann gewährt, wenn das Werk „ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig hergestellt" ist. Ebenso ist nach § 634 der Besteller zur Wandlung oder Minderung dann berechtigt, wenn sich der Mangel „schon vor der Ablieferung" des Werkes zeigt und der Unternehmer die ihm zur Beseitigung des Mangels gestellte Frist untätig hat verstreichen lassen [9]). Weshalb sollte es beim Kauf anders **sein?**

2. § 459 kann aber dadurch, daß er auf den Gefahrübergang abstellt, garnicht die Entstehung der Mängelansprüche im Auge haben, ohne sich die größten Verstöße gegen den Begriff des Gefahrüberganges selbst zuschulden kommen zu lassen. Denn wenn die Sache mangelhaft ist, geht streng genommen durch die Uebergabe die Gefahr nicht über, da dann dem Käufer immer noch, selbst bei zufälligem Untergang der Kaufsache, die Rechte aus §§ 462, 463, 480 verbleiben, um von der Kaufpreiszahlung loszukommen [10]). Das Gewährleistungsrecht kann in-

---

[5]) Schöller 15; Haymann, Anfechtung 18.

[6]) Oertmann Seuff. Bl. 76.5.

[7]) Kiehl JW 14.500.

[8]) Hoeniger LZ 11.581; Wolff 8; Oertmann Seuff. Bl. 76.5; v. Reichmeister 18; anders Emerich 68 f.

[9]) Kiehl JW 14.500.

[10]) Adler, Grünhut 39.534; Haymann, Anfechtung 17; Hoeniger LZ 11.579.

folgedessen seine gesetzliche Grundlage nicht in der schon erfolgten Uebergabe der Kaufsache haben, wie das Reichsgericht zunächst in der berühmten Entscheidung Bd. 53.3 Z. und seitdem bis 1912 in ständiger Rechtsprechung annahm. Wollte man anders entscheiden, so könnte man beim Gattungskauf überhaupt keinen Zeitpunkt für die Entstehung der Gewährleistungsansprüche entdecken [11]).

3. Für die hier verteidigte Ansicht spricht vor allem auch die Billigkeit [12]). Entständen nämlich die Gewährleistungsansprüche, insbesondere das Wandlungsrecht, erst mit der Uebergabe, so gelangte man zu dem undenkbaren und dem Käufer kaum zumutbaren Rechtszustand, daß er die mangelhafte Sache erst annehmen müßte, um darauf auf Grund des hiermit entstandenen Gewährleistungsrechts der Wandlung die Rücknahme der Sache und die Auflösung des Kaufes begehren zu können. Welche lächerlich unnützen Kosten hierdurch entständen, liegt auf der Hand. Dieser Mißstand würde sich hauptsächlich im Grundstücksverkehr infolge der hohen Uebertragungskosten herausstellen. Würde aber tatsächlich ein Verkäufer erst die Annahme erzwingen wollen, so müßte man dem Käufer schon mit der Arglisteinrede helfen nach dem alten Satze: dolo petit qui petit, quod redditurus est [14]). Dies ist aber bei richtiger Auffassung nicht nötig; zudem wäre es bedenklich, die allgemeine Anwendbarkeit dieser Allerweltseinrede über die anerkannten Anwendungsfälle hinaus zu erweitern [13]). Deshalb ist es ein außerordentlicher Fortschritt, daß das RG in einer Entscheidung vom 3. 2. 1912 (JW 12.461 gleich Warn. 12 Nr. 204), nachdem es noch im Jahre vorher die Frage unentschieden ließ [15]), die Richtigkeit dieses Standpunktes anerkannt hat [16]).

Es ist klar, daß der Käufer nur dann mit Erfolg die Gewährleistungsansprüche vor dem Gefahrübergang erheben kann, wenn er schon in diesem Zeitpunkt zu beweisen vermag, daß der Mangel auch im entscheidenden Zeitpunkt des Gefahrüberganges der Sache anhaften wird. Das ist aber eine reine Beweisfrage und hat mit der materiellrechtlichen Zulässigkeit der Gewährschaftsrechte vor Gefahrübergang nicht das mindeste zu tun. Daher ist es auch nicht richtig, wenn viele Schriftsteller die Geltendmachung dieser Ansprüche davon abhängig machen, daß die

---

11) Oertmann in Ehrenberg IV 2.432.

12) Schneider ABR 41.456; Haymann 18 f.; Kiehl JW 14.500; Adler, Grünhut 39,531.

13) So mit Recht Oertmann R 09.624.

14) Krückmann LZ 15.1353; Oertmann R 09.618; Endemann I § 161 Anm. 15; Dernburg § 185 I.

15) JW 11.539 Nr. 12; ebenso JW 14.295.

16) Ebenso Schneider ABR 41.450 ff.

Beseitigung des Mangels unmöglich ist[17]). Gewöhnlich wird der Käufer die Gewährleistungsrechte (und zwar sämtliche, nicht nur die Wandlung) dann vor Gefahrübergang erheben können, wenn er beweisen kann:

1. daß der Mangel nicht beseitigt werden kann,
2. daß der Käufer ihn nicht beseitigen will[18]);
3. daß der Käufer sich die Zeit zur Beseitigung nur durch schuldhafte Verzögerung der Erfüllung verschaffen kann[19]).

Die Gewährleistungspflicht entsteht also bereits mit Vertragsschluß, zusammen mit der Erfüllungspflicht. Die in § 459 dahin qualifizierte Mangelhaftigkeit der Sache, daß sie noch bei Gefahrübergang vorhanden sein muß, ist nur Rechtsbedingung, Voraussetzung für die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche[20]).

Eines ist jedoch hierbei noch zu beachten, nämlich die Frage der Verjährung. Gemäß § 477 beginnt diese mit der Ablieferung der Sache. Wie aber, wenn der Käufer dadurch, daß er den Gewährleistungsanspruch schon vorher geltend macht, die Ablieferung vereitelt? Ist das nicht ein Grund gegen die Zulässigkeit der Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche vor dem Gefahrübergang? Gegen dieses Bedenken ist geltend zu machen, daß in § 477 nur wie so oft im Gesetz allein des Regelfalles gedacht ist. Der Ablieferung muß die vom Käufer erklärte Ablehnung der Kaufsache gleich stehen[21]), dann bietet auch dieser äußerliche Grund kein Bedenken gegen die dargelegte Ansicht.

2. Teil.
Erfüllungs- und Gewährleistungspflicht beim Kauf.

§ 6.
Einleitendes.

Wie schon verschiedentlich erwähnt wurde, findet sich nur im Kaufrecht eine reinliche Scheidung der Erfüllungs- und Gewährleistungspflicht. Um die Richtigkeit dieser Ansicht zu beweisen, ist notwendig, daß einerseits Stück- und Gattungskauf getrennt geprüft werden und andererseits auf den Zeitpunkt der Ent-

---

[17]) Langheineken 238; Adler, Grünhut 39.526, 531; Ebbecke R 11.746; Gmelin R 09.768; RGR § 459.3 B I b; Warneyer § 459 VII.

[18]) RG 61.92, JW 12.461 = Warn. 12. Nr. 204, JW 16.255 Nr. 3.

[19]) RG 67.337, Warn. 12 Nr. 18; vgl. zu Vorstehendem bes. Werner R 02.339.

[20]) Krückmann LZ 15.1357; ähnlich Oertmann Seuff. Bl. f. RA 56.7; Düringer-Hachenburg III 154 Anm. 178.

[21]) Oertmann R 09.624; Krückmann LZ 15.1359.

stehung der Mängel abgestellt wird. Nur auf diese Weise lassen sich richtige Ergebnisse erlangen. Dadurch, daß auf den Zeitpunkt der Entstehung der Mangelhaftigkeit entscheidendes Gewicht gelegt wird, ergibt sich eine dreifache Einteilung der Mangelhaftigkeit nämlich in die,

1. welche der Kaufsache bereits bei Vertragsschluß anhaftet,
2. welche zwischen Kaufabschluß und Gefahrübergang entsteht und
3. die erst nach Gefahrübergang die Kaufsache trifft.

Die erste Gruppe soll kurz — entsprechend der Einteilung in der Unmöglichkeitslehre — als ursprüngliche und die zweite Gruppe als nachträgliche Mangelhaftigkeit bezeichnet werden.

1. Abschnitt: Der Stückkauf.

A. Ursprüngliche Mangelhaftigkeit der Kaufsache.

§ 7.

Erfüllung des Vertrages durch mangelhafte Sachen.

Nirgends ergibt sich eindeutiger als gerade beim Stückkauf über eine ursprüngliche mangelhafte Sache, daß die Gewährleistungspflicht kein Teil der Erfüllungspflicht ist, m. a. W. daß der Verkäufer nicht verpflichtet ist, eine mangelfreie Sache zu leisten, und daß mangelhafte Leistung Erfüllungswirkung hat. Demgemäß genügt der Verkäufer seiner Erfüllungspflicht vollständig, wenn er die ursprünglich mangelhafte Sache in Schuldtilgungsabsicht dem Käufer liefert. Eine derartige Leistung bringt die Kaufforderung des Käufers gemäß § 363 zum Erlöschen.

I. Die Richtigkeit dieser Ansicht wird durch folgende Gründe bewiesen.

1. Keine Vorschrift des Gesetzes [1]) weist auf die gegnerische Ansicht hin, nach der nur mangelhafte Leistung den Vertrag erfüllt.

a) § 433 nennt als Vertragspflichten des Verkäufers nur die Pflicht zur Besitzübergabe und Eigentumsverschaffung. Die von den Gegnern behauptete Verschaffungspflicht in mangelfreier Beschaffenheit ist nicht einmal angedeutet. Die Wichtigkeit dieser Pflicht hätte aber unbedingt eine dahingehende Anordnung bei den Hauptpflichten in § 433 erfordert [2]). Hätte das Gesetz auch die Mängelgewährschaft zur reinen Vertragsleistung gestalten wollen, so hätte es sicher als maßgeblichen Zeitpunkt den des Vertragschlusses (wie das römische Recht) beibehalten und nicht durch seine Verlegung auf den Zeitpunkt des Gefahrüberganges den bewußt übernommenen Gegensatz zwischen Erfüllungspflicht und Mängelhaftung noch verstärkt [3]). Ganz im

---

[1]) Oertmann § 433.2 a γ ββ und in Ehrenberg IV 2.396; Wolzendorff 327 Anm. 1; Nowicki 16; Planck 1 vor § 459.

[2]) Wolzendorff 327; Levy 6; Emerich 70.

Gegensatz hierzu stehen die Hauptvorschriften der Miete, Pacht und des Werkvertrages.

b) Die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht legt auch § 463 dar, indem er die Schadenersatzpflicht wegen „Nichterfüllung" nur für einen Teil der Haftungsfälle des § 459 aufstellt. Das wäre eine höchst seltsame Anomalie, wenn die Leistung einer mangelhaften Sache stets eine Nichterfüllung darstellte[4]).

2. Einen weiteren Prüfstein für die Richtigkeit der vertretenen Ansicht bildet der Kaufvertrag selbst[5]). Dieser ist dann rechtsgültig abgeschlossen, wenn Käufer und Verkäufer sich über den Kaufgegenstand und den Preis einig geworden sind[6]). Beide Vertraggschließenden müssen also gerade diese Sache, wie sie diese in dem Augenblick des Vertragsabschlusses körperlich in concreto erfassen, zu übereignen willens sein. Ist die Sache in diesem Zeitpunkt mangelhaft, so ist diese Mangelhaftigkeit, mag sie nun verborgen oder offensichtlich, erheblich oder unerheblich, heilbar oder unheilbar sein, von dem Willen der Parteien mitbetroffen. Diese bestimmte Sache soll der Verkäufer übereignen und der Käufer erwerben. Beim Kauf unersetzbarer, d. h. nur einmal vorhandener Sachen wird das Gesagte besonders deutlich. Wer z. B. ein bestimmtes Haus verkauft, ist nach dem Vertrage nur verpflichtet, dieses Haus zu liefern und nicht etwa ein fehlerfreies. Nur dieses Haus ist er zu leisten berechtigt und kann sich nicht durch die Leistung eines anderen fehlerlosen von seiner Schuld befreien[7]).

3. Auch allgemeine Erwägungen legen die Richtigkeit der verteidigten Ansicht dar.

a) Bestände wirklich die auf mangelfreie Verschaffung gerichtete Erfüllungspflicht, so müßte sie bei ihrer Verletzung die allgemeinen Rechtswirkungen hervorrufen. Lieferte der Verkäufer eine fehlerhafte Sache, so läge nur teilweise Erfüllung vor. Der Käufer müßte dann einen Anspruch auf Vervollständigung der Leistung haben. Da die Unvollständigkeit der Erfüllung hier aber in der Fehlerhaftigkeit der Sache liegt, müßte die Klage auf vollständige Erfüllung das Recht auf Ausbesserung der Sache und die Schuldnerpflicht zur Beseitigung des Fehlers abgeben. Das Gegenteil steht fest[8]). Nirgends ist im Kaufrecht ein

---

[3]) Wolzendorff 327.

[4]) Oertmann § 433.2 a γ ββ und Recht 08.347; Nowicki 19.

[5]) Leonhard Beweislast 365; Levy 21 f.

[6]) RG JW 12.340.

[7]) Leonhard Beweislast 365; v. Blume 228; Haymann 19; Oertmann 2 c β vor § 459.

[8]) Leonhard Beweislast 365; Dernburg-Raape § 185 I; Krückmann, Viehkauf 109, AZP 101.171 und LZ 15.1563; Schollmeyer 97; Cosack § 127 VI 1 b; Crome II § 220.4 a; Endemann I § 161

solches Recht des Käufers erwähnt. Bezeichnenderweise ist es jedoch beim Werkvertrag und der Miete vom Gesetz anerkannt. Daß man diese Schwierigkeit für die Gegner nicht mit der lakonischen Bemerkung, „weil man offenbar dem Käufer ein Recht auf Ausbesserung nicht geben wollte“ [9]), abtun kann, liegt auf der Hand. Gerade hierin zeigt sich das Eigentümliche der Sachlage. Wenn das Gesetz hinsichtlich der Mangelhaftigkeit der geleisteten Sache nicht die Erfüllungsklage, sondern andere Ansprüche gibt, so muß doch der Schluß berechtigt sein, daß es den Vertrag als erfüllt betrachtet [10]). Daß freilich der Käufer ausnahmsweise sich Nachbesserung gefallen lassen muß, ist nicht zu bezweifeln; nämlich immer dann, wenn seine Ablehnung Schikane i. S. des § 226 wäre oder gegen § 242 verstieße. Dann muß sich aber der Verkäufer auch aus freien Stücken dazu erbieten und dem Käufer darf hierdurch keinerlei Nachteil erwachsen [11]).

b) Eine Erfüllungspflicht auf mangelfreie Leistung läßt sich bei unheilbaren Fehlern nicht denken [12]). Denn in diesem Falle müßte ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag vorliegen, der nach § 306 ganz oder teilweise nichtig wäre. Wer aber eine mangelhafte Einzelsache kauft, kauft nichts Unmögliches sondern diese ganz bestimmte Sache, deren Leistung sofort möglich ist [13]). Auch kann der Verkäufer die Leistung der mangelhaften Sache durchaus nicht verweigern: er darf sich nicht auf die Befreiung seiner Leistungspflicht infolge Teilungsmöglichkeit

---

Anm. 13; Kohler II 1 § 26 VIII; Haymann 19; Mathiaß § 106 II A; Adler ZHR 75.458; Schöller 14; Roth 1083; Ehrlich 75; Scheer 118 f.; v. Blume 224; RGR § 433.8 I a und 459.3 B I a; Staudinger § 462 VI b und § 459 I 5; Staub-Koenige § 377 Anm. 54 f.; Oertmann § 433.2 a δ bb; Düringer-Hachenburg III 155; Lindemann-Soergel § 459.3 d; Warn. § 459 XI; anders für hebbare Fehler Doerr LZ 18.890 und 891 Anm. 8; Oesterr. BGB § 932, vgl. Pisko 26 ff.

[9]) Emerich 70.

[10]) Krückmann AZP 101.169.

[11]) Enneccerus § 335 Anm. 3; Crome § 220.4; Mot. II 227; RG 61.92, Seuff. A. 67.189, Warn. 12.18, Recht 07. Nr. 1140, JW 04.198 Nr. 7 und 14.145; OLG 8.65, 9.285; anders Eccius 316 und Staub § 377 Anm. 54. Zu weitgehend Staud. § 462 VI a, der nur das Interesse des Käufers an sofortiger fehlerfreier Leistung entscheiden läßt. — Die ehedem von Cosack und den fast sämtlichen um 1900 erschienenen Dissertationen vertretene Meinung, daß der Käufer grundsätzlich verpflichtet sei, dem Verkäufer Nachbesserung zu gestatten und ihm hierzu eine wie beim Verzug des Schuldners zu berechnende Frist zu gewähren, hat Cosack nunmehr (7. Aufl. 1922 § 127 VI 1 b) selbst aufgegeben.

[12]) Wetzel 48.

[13]) Krückmann, Viehkauf 108.

berufen[14]). Zwar erklären die Gegner § 306 durch die besonderen §§ 459 ff. für ausgeschlossen[15]). Damit kommen sie zwar zu dem richtigen Ergebnis, die Gültigkeit des Vertrages aufrechtzuerhalten, aber auf einem höchst bedenklichen Wege: das Gesetz kann zwar das Versprechen einer unmöglichen Leistung als gültig behandeln, es kann aber nicht selbst eine Verpflichtung zu einer unmöglichen Leistung aussprechen[16]). Ist die Leistung einmal unmöglich, dann kann auch kein Mängelrecht zur Möglichkeit der Leistung wieder verhelfen. Im Unmöglichkeitsrecht heißt es: Wann kann dem Schuldner die Leistung zugemutet werden[17]) — oder richtiger[18]): wann ist eine Leistung unmöglich, sodaß kraft logischen Zwanges die darauf gerichtete Verpflichtung garnicht entstehen kann oder wieder untergehen muß? Grundsätzlich ist Unmöglichkeit ein Befreiungsgrund, Mangelhaftigkeit dagegen nicht. Trotz des Mangels besteht die Erfüllungsklage auf Leistung der mangelhaften Sache weiter. Mangelhaftigkeit ist im geraden Gegensatz zur unverschuldeten Unmöglichkeit grundsätzlich Haftungsgrund, ein Grund, die Haftung des Schuldners zu erweitern und seine Rechte zu beschränken[19]). Nicht als unbewirkbare, sondern gerade als vollzogene wird die mangelhafte Leistung vom Gesetz behandelt[20]).

c) Die Gegenansicht führt ferner zu einer Verkennung des Verhältnisses von Schuld und Haftung. Das zeigt sich in verschiedener Hinsicht.

aa) Wenn jemand etwas schuldet, so haftet er auch für die Erfüllung der Schuld — persönlich oder sachlich. Wirksam kann aber jede Haftung nur dann werden, wenn sie neben einem bereits bestehenden Schuldverhältnis steht. Wo dies aber wie bei der Gewährleistung für Sachmängel der Fall ist, da liegt in der Haftung nie die Verpflichtung das zu leisten, was nach dem prinzipalen Schuldverhältnis kraft der Erfüllungspflicht zu leisten wäre, wohl aber — und nur dieses — für die Leistung des prinzipal Geschuldeten einzustehen[21]). Einstehen heißt aber entweder ein Geldäquivalent als Ersatz für die ganz oder teilweise unterbleibende Erfüllung der Schuld selbst leisten oder einer Zwangsmaßregelung ausgesetzt sein, die ohne Zutun des Schuldners den gleichen Betrag aus seinem Vermögen dem Gläubiger zuführt[22]).

[14]) Leonhard Beweislast 365.

[15]) Titze 276; Schöller 14.268; Adler ZHR 75.453; RGR 459.6 B b; RG Warn. 18 Nr. 185; dagegen Kiehl 613; Haymann 19.

[16]) Pisko 16.

[17]) Kisch 12 ff.; Titze 4.

[18]) Mit Kleineidam 13 ff. und JJ 43.108 ff.

[19]) Krückmann Kr. Vschr. 46.238 f.; ähnl. Pisko 16.

[20]) Endemann I § 161 Anm. 13.

[21]) Vgl. § 4 I 3.

[22]) Enneccerus § 226 II; Schollmeyer 93; Levy 6; bes. E. J. Bekker JJ 49.53.

bb) Die Gegenansicht führt schließlich zu einer falschen Darstellung der Lehre vom Zusammentreffen des Unmöglichkeits- und Gewährleistungsrechts bei nachträglichen Mängeln. Da sie die Erfüllungspflicht des Verkäufers auf die Freiheit der Sache von allen Mängeln erstreckt und in der Gewährleistungspflicht nur einen Teil der Erfüllungspflicht sieht, kann sie nicht zu der Unterscheidung zwischen ursprünglicher und nachträglicher Mangelhaftigkeit kommen, von der aus allein ein folgerichtiger Aufbau und eine richtige Auffassung dieser Konkurrenz möglich ist. Statt dessen muß sie in die äußerst unheilvolle Lage kommen zu fragen, welche Ansprüche vor und welche nach Gefahrübergang dem Käufer hinsichtlich der Mängel zustehen. Der falsche Ausgangspunkt der Gegenmeinung ist umso bedenklicher, als sie dadurch zu der irrigen Meinung geführt worden ist, daß vor Uebergang der Gefahr nur die allgemeinen Rechtsbehelfe aus der Nichterfüllung gegenseitiger Verträge und erst nach diesem dem Käufer die Gewährleistungsansprüche zustehen.

4. Einige Gegner glauben ihre Ansicht darauf stützen zu können, daß Treu und Glauben[23]) oder „die nach dem Verkehr begründeten Pflichten“[24]) die Verpflichtung des Verkäufers ergäben, mangelfrei zu leisten. Oder: Natur und Gehalt des Vertrages[25]) oder der Geschäftszweck[26]) erforderten eine dahingehende Erfüllungspflicht. Das sind aber nur allgemeine Redensarten, mit denen nichts bewiesen wird. Ebenso verfehlt ist es, eine derartige Pflicht dem Willen des Käufers oder der Parteien[27]) zu unterstellen; oder gar mit einem stillschweigenden Versprechen[28]) des Verkäufers zu beweisen, was nur eine Verlegenheitsauskunft ist und auf eine Fiktion hinausläuft[29]). Der Wille eines oder beider Vertragsschließenden ist bei Beweisthemen stets ein unsicherer Beweisgrund. Man kann überall da, wo die Angabe des richtigen Grundes (hier, daß die Gewährleistungspflicht kein Teil der Erfüllungspflicht, sondern ein reines Haftungsverhältnis ist) gescheut wird, derartige Beweisgründe angeführt sehen. Das zeigt sich besonders auch auf dem Gebiete der Haftung für Abschlußverschulden, indem man die durch die Billigkeit erforderte, infolge einer falschen Theorie (Haftung wie bei fahrlässigem Verhalten)

---

[23]) Jakisch JJ 68.305; Adler ZHR 75.456.

[24]) RGR § 459.2.

[25]) RGR § 275.4 und § 306.2.

[26]) Kiehl Gruch. 60.610.

[27]) Wolff 11; Kluckhohn 1042; Stahl 2; Staub § 374 Anm. 42; RGR § 433.8 I a.

[28]) Bruch 71; RGR § 459.2 („Zusage“).

[29]) Leonhard Verschulden 4, 15 f.; Pisko 21 Anm. 32; Haymann Haftung 139; Krückmann AZP 101.197 1; Crome II § 220 Anm. 4.

aber unzulässige Haftung in solchen Fällen auf eine „stillschweigende Zusicherung des Verkäufers" zurückführte, um dem Käufer einen Schadenersatzanspruch nach § 463 zu gewähren[30]. — Daß aus § 480 nicht der Gegenschluß, daß beim Stückkauf die Sache nicht mangelfrei zu sein brauche[31], entnommen werden darf, ist so selbstverständlich, daß ihn noch niemand gezogen hat. — Die Gegenansicht läßt sich auch nicht mit dem Hinweis auf § 119 II retten[32]. Dies könne man sich nur so vorstellen, daß die Anfechtung sich dann, wenn die Sache mit den verkehrswesentlichen Eigenschaften im Sinne des § 119 II = den erheblichen Mängeln des § 459 nicht geschuldet wäre, auf Eigenschaften bezöge, die außerhalb der mit der Willenserklärung bezweckten Verpflichtung lägen. Es ist jedoch dem RG nicht zuzugeben, daß sich der Begriff der fehlenden verkehrswesentlichen Eigenschaften des § 119 II mit den erheblichen Fehlern des § 459 I decken (so geschlossen die gesamte Wissenschaft). — Stichhaltig ist aber auch das weitere Argument nicht, daß § 460 die Gegenansicht rechtfertige und er unverständlich sei, wenn die im Text vertretene Auffassung richtig wäre[33]. § 460 enthält weiter nichts als die Verschuldensaufrechnung, wie sie im § 254 ihren allgemeinen Ausdruck gefunden hat.

Somit ergibt sich, daß die Gegenansicht weder im Gesetz, noch in dem Vertrag eine Stütze hat, und daß sie sowohl allgemeinen rechtlichen Erwägungen zuwiderläuft wie auch zu höchst bedenklichen Folgerungen führt. Sie ist daher abzulehnen. Der Verkäufer ist folglich verpflichtet, diese bestimmte Sache in dem Zustand zu leisten, in dem sie sich bei Vertragsabschluß befindet.

II. Hieran wird auch nichts durch die Zusicherung bestimmter Eigenschaften der Sache geändert.

1. Eine Zusicherung i. S. des § 459 und des § 463.1 liegt nur dann vor, wenn die Parteiberedung die Haftung des Verkäufers inhaltlich durch die Begründung eines Schadenersatzanspruches verstärkt[34]. Demnach sind aus ihrem Gebiete die Tatbestände auszuscheiden, in denen der Verkäufer nur eine inhaltlich der gesetzlichen Haftung entsprechende Gewährleistungspflicht auf Wandlung und Minderung übernimmt. Hier liegt nur eine einfache Haftungsübernahme vor, die bloß extensiv i. S. einer Vermehrung der Haftungs**gründe**, nicht auch in dem einer Verschärfung der Haftung wirkt[35]. Im Gesetz sind diese Abreden nur beim Viehkauf ausdrücklich erwähnt, § 492. Es unterliegt keinem Zweifel, daß sie infolge der nachgiebigen Natur des

---

[30] Leonhard Verschulden 35 f.
[31] So RGR § 480.3 a.
[32] RGR § 433.8 I a.
[33] RGR § 433.8 I a.
[34] Oertmann in Ehrenberg IV 2.397; v. Blume 226.
[35] Wetzel 57 ff.

Mängelrechts (arg. ex § 476) auch außerhalb des Viehkaufes zulässig sind. In § 459 sind sie in der Haftung für die Fehler zu sehen, welche dem Wert oder die Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigen. Diese Fälle der gewillkürten Haftung sind ohne weiteres der gesetzlichen Mängelhaftung anzureihen.

Das Charakteristikum der Zusicherung ist also die Verstärkung der Haftung des Verkäufers. Nicht hingegen wird damit eine Erweiterung der Erfüllungspflicht des zusichernden Verkäufers bezweckt. Der Zusichernde will die Eigenschaft nicht verschaffen, sondern im Falle ihres Fehlens hierfür einstehen, d. h. haften in der Form eines Ersatzanspruches auf Geld.

2. Den Beweis für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht erbringen ferner die unhaltbaren Folgerungen, zu denen die Gegenansicht notwendig führen muß.

a) Gehörte die Zusicherung zur Erfüllungspflicht des Verkäufers, so müßte der Käufer im Falle des Fehlens der zugesicherten Eigenschaft eine Klage auf deren Verschaffung haben[36]). Das Gegenteil aber steht fest[37]), wie auch die Motive[38]) klar hervorheben. Die Zusicherung ist eben keine Willens-, sondern nur eine Wissenserklärung[39]), die wahr oder unwahr sein kann, aber da die Wahrheit einer Tatsache nie Gegenstand einer Verpflichtung sein kann[40]), weder erfüllt noch nicht erfüllt werden kann.

Die Verschaffungspflicht hinsichtlich der Eigenschaft kann sich auch nicht aus § 463.1 ergeben. § 463 ist eine Ausnahme von dem das bürgerliche Recht beherrschenden, in § 249 ausgesprochenen Grundsatz der Schadenersatzleistung in der Form der Naturalherstellung. Der Schadenersatzanspruch des § 463 ist vielmehr stets ein Geldanspruch[41]). Denn das Gesetz gibt in allen Fällen, in denen es den Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung gewährt, nie den Anspruch auf Herstellung in natura [41]a). Die Absicht des Gesetzes ist klar und sein Weg allein richtig: es will in den Fällen des wegen Nichterfüllung gegebenen Schadenersatz-

[36]) Krückmann, Viehkauf 104 Anm. 1.

[37]) Cohne Gruch. 61.199 ff.; Eccius 315; Roth 1083; Meisner 13,16; Scheer 18; Ehrlich 49 und 75 ff.; Schöller 14 Anm. 14; Hellbach 6; v. Blume 228; Planck 5 b δ vor § 275 und § 459.2 c; Düringer-Hachenburg III 98 Anm. 118.

[38]) Mot. II 228; vgl. oben § 4 I 1 und III.

[39]) Pisko 19; Haymann Haftung 108.

[40]) Brodmann in Ehrenberg IV 2.280.

[41]) Schollmeyer 98 Anm. 1; Wolff 55; Crome § 220.4 a; Enneccerus § 234 Anm. 4; Oertmann § 462.5 a, R 08.347; RG JW 02. Beil. 239.

[41] a) Enneccerus § 335 I; Endemann I § 161 A 31; Ehrlich 75 ff.; Kluckhohn 1043.

anspruches dem vertragstreuen Teil ermöglichen, sich endgültig aus den Vertragsbeziehungen mit dem unzuverlässigen Gegner zu lösen. Es wäre widersinnig ihm trotzdem zuzumuten, daß er das, was er bisher auf Grund des Vertrages hätte bekommen sollen, wieder unter dem Gesichtspunkt des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung verlangen solle. Daher ist ganz richtig in den §§ 326 I 2, 283 I 2 der Erfüllungsanspruch ausgeschlossen und damit auch die Naturalherstellung gemäß § 249. Dasselbe hat aber auch für § 280 I zu gelten und folgerichtig auch für § 463 [42]).

b) Ferner müßte der Vertrag, der eine Zusicherung über eine unmöglich zu beschaffende Eigenschaft betrifft, nach § 306 nichtig sein (ganz oder teilweise, § 139). Das widerspricht nicht nur dem Gesetz und der Billigkeit, sondern vor allem auch dem Parteiwillen. Gerade für die Fälle der unmöglich zu beschaffenden, zugesicherten Eigenschaft läßt sich der Käufer die Zusicherung und damit die verschärfte Haftung des Verkäufers gemäß § 463.1 versprechen. Mit Recht sagt Krückmann [43]), daß man in der Zusicherung eine Art Bürgschaft auf Schadloshaltung zu sehen hat.

c) Daß die Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft nicht Uebernahme einer Vertragspflicht ist, würde bei dem Abschluß eines Grundstückkaufes mit Einhaltung der vorgeschriebenen Form des § 313, aber unter Hinzufügung der mündlichen Nebenabrede, daß eine bestimmte Eigenschaft zugesichert werde, von Bedeutung sein. Wäre sie nämlich die Uebernahme einer Vertrags p f l i c h t (§ 313: ein Vertrag, durch den sich der eine Teil „verpflichtet"), so bedürfte sie ebenfalls der erforderlichen Schriftform. Zu dieser Folgerung muß unbedingt die Gegenansicht führen [44]). Nach der hier vertretenen Ansicht kann es nicht zweifelhaft sein, daß die mündliche Zusicherung der Eigenschaft durchaus gültig ist und nicht erst durch die Auflassung und Eintragung gemäß § 313 II Gültigkeit erlangt [45]). Wichtig wird dies namentlich dann, wenn der Gläubiger schon vor Gefahrübergang wandeln möchte. Nach der Gegenansicht müßte er erst die Gültigkeit der Zusicherung durch Auflassung und Eintragung herbeiführen und könnte erst danach wandeln. Mit der Billigkeit ist dieses Ergebnis unvereinbar.

d) Die Gegenansicht führt zur Verwischung von Grenzen von Zusicherung und echtem Garantievertrag. Nur nach diesem liegt

[42]) Staudinger § 280.2 a; Kisch 123, 127; Wetzel 63 f.

[43]) Viehkauf 104 Anm. 1.

[44]) So in der Tat Schroeder 80; Crome II § 221 Anm. 23 u. R 02.344; Eccius 309; Schneider R 03.522; Wetzel 33; Düringer-Hachenburg II 51; Goldmann-Lilienthal § 134.2; RG 52.1, 54.233, 56.50, JW 02247, Warn. 17 Nr. 100.

[45]) Dernburg II § 184 Anm. 8; Stamm 46; Levy 29 f. Goudefroy 20; Schollmeyer 99.

dem Schuldner die Pflicht ob, eine nicht bestehende Eigenschaft der Sache zu beschaffen oder herzustellen[46]. Dann setzt er an die Stelle der gesetzlichen Pflicht die Sache in ihrem bei Vertragsabschluß befindlichen Zustand zu liefern, die Pflicht, sie in veränderter Gestalt zu leisten. Die Nichterfüllung dieser Verpflichtung macht die Leistung der Sache zu einer vertragswidrigen Erfüllung, begründet aber nie den Tatbestand der Gewährschaft[47]. Nach der Gegenansicht ist ein Unterschied zwischen Zusicherung und selbständigem Garantievertrag unauffindbar.

c) Irrig ist die Berufung der Gegenansicht auf den Wortlaut des § 463.1, indem sie meint, daß das Gesetz dadurch, daß es einen Schadenersatzanspruch wegen „Nichterfüllung“ gibt, zum Ausdruck bringe, daß der Verkäufer im Falle des Fehlens der zugesicherten Eigenschaft nicht erfüllt habe[48]. — Es ist aber unzweifelhaft, daß es sich im § 463 um eine unglückliche und irreführende Bezeichnung handelt[49]. Denn von Nichterfüllung des Vertrages kann hier deswegen keine Rede sein, weil in der Zusicherung nicht die Begründung einer Erfüllungspflicht liegt. Außerdem legten die Redaktoren des BGB keine entscheidende Bedeutung auf diesen Ausdruck. So sprechen die Motive[50] nur von einem Anspruch auf Schadenersatz; die Protokolle[51] gebrauchen zwar den Ausdruck „Schadenersatz wegen Nichterfüllung“, reden aber auch einfach von dem „Erfüllungsinteresse“.

Eine Verschaffungspflicht der zugesicherten Eigenschaft besteht somit weder unter dem Gesichtspunkt des Erfüllungsanspruches noch des Ausbesserungsanspruches, der sich aus § 463 in Verbindung mit § 249 ergeben könnte[52].

§ 8.
Die rechtlichen Folgen des gefundenen Ergebnisses.

I. Der Verkäufer einer bestimmten Sache ist also weder verpflichtet, die Sache frei von ursprünglichen Fehlern zu liefern, noch die zugesicherten Eigenschaften zu verschaffen. Seine Erfüllungspflicht beschränkt sich auf die Leistung der Sache, wie sie im

---

[46]) Mot. II 229; Eccius 268.308 ff.; Cohne Gruch. 61.199 ff.

[47]) Pisko 19.

[48]) Endemann § 160.3 c; Mathiaß § 106; Crome II § 220.2 a; Schneider ABR 41.456; Eckstein ABR 43.196; RGR § 275.4; RG 52.352, 54.81, 66.281; dagegen mit Recht Kipp 27. Dtsch. Juristentag S. 288; Foertsch DJZ 02.66.

[49]) Leonhard Verschulden 26; Wetzel 55; Planck § 463.4; Oertmann § 463.5.

[50]) Mot. II 228 f.

[51]) Prot. I 687.

[52]) a. A. Fischer JJ 51.225; Treitschke AZP 22.438; Krahmer 109; Crome § 220 Anm. 2 a; Schroeder 5; Mathiaß § 106 S. 443.

Zeitpunkt der Vertragsschlusses beschaffen ist [1]). Liefert er sie in diesem Zustande, so erfüllt er damit seine Erfüllungspflicht. Der Vertrag wird somit auch durch eine mangelhafte Leistung vollständig erfüllt. Der die mangelhafte Sache rechtzeitig anbietende Verkäufer kommt daher nicht in Leistungsverzug; denn dieser setzt voraus, daß der Schuldner die geschuldete Leistung verzögert. Geschuldet ist sie aber nicht in mangelfreiem, sondern in dem bei Kaufabschluß bestehenden Zustande [2]). Der Käufer hat, auch wenn der Fehler sich heben oder die zugesicherte Eigenschaft sich beschaffen läßt, nicht das Recht, Beseitigung oder Verschaffung zu verlangen [3]). Diese Mängel können daher niemals eine teilweise ursprüngliche Unmöglichkeit begründen. Infolgedessen ist der Vertrag keineswegs ganz oder teilweise nichtig nach §§ 306, 139. Der Käufer, der die Annahme der Sache ablehnte, käme in Gläubigerverzug [4]) und wenn er die Zahlung verweigerte, käme er auch in Schuldnerverzug. Diesen Folgen kann er sich natürlich dadurch entziehen, daß er die ihm auf Grund seines Wandlungs- oder Minderungsrechts zustehenden entsprechenden Einreden vorschützt [5]), die ja auch schon vor der Uebergabe geltend gemacht werden können [6]). Im Falle der Minderung kann er

---

[1]) So h. M.: Schollmeyer 97; Haymann 19; Schultze 149; Gierke III § 194 Anm. 45; Pisko 11; Leonhard Beweislast 365 f., Haftung 36 und Verschulden 50 ff.; Enneccerus § 335 I; Nowicki 18; Julius 34; Krückmann AZP 101.180 Anm. 122; Hellbach 7; Sohm § 71 I 2 b; Wolff 6; Schneider 68; Meisner 41; Hanke 14 f.; Dernburg-Raape § 185 I; Staudinger § 433 VIII 1 d; Oertmann § 133.2 a; Planck IV 1 c vor § 459; RGR § 433.8 I a (arg. § 450); Düringer-Hachenburg III 95 Anm. 115; Lindemann-Soergel § 433 II 1; Gmelin R 10.236; Staub Festgabe f. 26. DJ-Tag 31—43; Endemann § 160.3; so auch schon röm. und gem. Recht: Vangerow Pand. III § 689; Dernburg Pand. § 101 Anm. 24; Windscheid § 394 Anm. 20; Schroeder 4; nach richtiger Ansicht auch ALR: Dernburg Preuß. Privatr. II § 144 Anm. 6; Förster-Eccius I § 85 Anm. 7; Ehrlich 75 Anm. 4; Eccius 315 Anm. 23; bestritten. —

a. M. Staub-Koenige § 374 Anm. 42; Roth 1082; [illegible] 277; Kisch 193 ff.; Eccius 306.309 f.; Emerich 68 f.; Kluckhohn a. a. O. Doerr LZ 18.888; Stölzle 87; Bruck 73; Schneider ABR 41.445; Schernowsky 10; Roth LZ 19.238.

[2]) Wolff 7; Schollmeyer 97; Krückmann, Viehkauf 110 Anm. 1 und LZ. 15.1559; Oertmann § 433.2 a; anders Dernburg § 185 I; Staub-Koenige § 374 Anm. 42.

[3]) Kohler § 90 VIII; Endemann § 161 Anm. 31.

[4]) Schollmeyer 97.

[5]) Schneider ABR 41.456; Krückmann, Viehkauf 110; ähnl. Wolff 8; Planck § 459.1 c.

[6]) Vgl. oben § 5 III.

freilich die Annahme der Sache nicht verweigern, ohne in Annahmeverzug zu geraten [7]). Dagegen kann der Käufer die mangelhafte Leistung nicht auf Grund des § 320 ablehnen und seinerseits die Zahlung des Kaufpreises verweigern [8]). § 320 kann im Falle mangelhafter Leistung nie Anwendung finden; denn der Verkäufer erfüllt ja gerade seine Verpflichtung durch die Leistung der mit ursprünglichen Mängeln behafteten Sache [9]). Gegenüber allen unhebbaren Fehlern müßte diese Nichterfüllungsrüge sowieso versagen [10]); denn da sie nur eine aufschiebende ist und lediglich die eigene Leistung des sich auf sie Berufenden bis zur Bewirkung der Gegenleistung hinauszögern will, hätte sie dort keinen Sinn, wo die Gegenleistung unmöglich ist [11]). Folglich könnte sie nur gegen hebbare Fehler mit Erfolg geltend gemacht werden. Hier würde sie aber wiederum auf eine Ausbesserungspflicht des Verkäufers hinauslaufen, die bekanntlich nicht besteht. Folglich ist sie hier sowohl in ihren Voraussetzungen wie in ihren Folgerungen unanwendbar.

Für den Fall der Mangelhaftigkeit hat man sogar eine besondere Einrede erfunden, die des „nicht gehörig erfüllten Vertrages“ [12]). Zum ersten Male tritt sie in den Schriften von Thibaut und Weber am Anfang des vorigen Jahrhunderts auf. In ihren Folgen soll sie ebenso wie die der einfachen „Einrede“ aus nicht erfülltem Vertrage wirken, also ein verzögerliches Leistungsweigerungsrecht begründen. Dagegen soll sie in ihren Voraussetzungen insofern sich von jener unterscheiden, als sie nur an teilweise Leistung anknüpft. Teilweise Leistung soll namentlich im Falle der Mangelhaftigkeit der Ware vorliegen.

Die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages gibt es in Wirklichkeit aber nicht, sie ist völlig entbehrlich. Liegt die teilweise Nichtleistung darin, daß der Schuldner nur einen Teil

---

[7]) Oertmann R 09.622; Pisko 24.

[8]) a. A. Windscheid-Kipp § 394.5; Adler ZHR 75.459; RGR § 433.8 und § 459.6 B a; Mot. II 202 und RG 52.2 und 355, 53.290, 57.399, 64.240, 66.282, 86.92, JW 15.1003 Nr. 9.

[9]) Pisko 24; Haymann Anfechtung 19; Gierke § 194.3; Landsberg I § 128 I 2 b; Endemann § 161 Anm. 15; Crome II § 220.2; Oertmann in Ehrenberg IV 2.374; Düringer-Hachenberg III 95 Anm. 115.

[10]) So Schöller 15 Anm. 16; Staub-Koenige Anm. 78 a vor § 373; ungenau Mackower A II d 3 c vor § 375;

[11]) Goldberger 165 ff.; Leonhard Beweislast 350; Kisch 51 Anm. 4; Adler in Festschr. f. Zitelmann S. 11; Staudinger § 320.6 f.; Staub-Koenige § 373 Erl. 78 und 79 c; RG 58.176, 69.383, LZ 08.778 Nr. 22, Warn. 08 Nr. 611 und 17 Nr. 135.

[12]) Enneccerus § 275 I 1; Roth 1083; Mot. II 202; RGR § 320.7; Warneyer § 320.2; Staub-Koenige Anm. 77 a vor § 373; RG 66.279.

der zu verschaffenden Menge der geschuldeten Ware leistet, so ist schon nach § 320 II unzweifelhaft die Nichterfüllungsrüge gegeben, da dann die Erfüllung der Leistungspflicht in Frage steht. Leistet dagegen der Schuldner die Ware in mangelhaftem Zustand, so ist die materielle Rechtslage völlig verschieden: der Verkäufer erfüllt seine Schuld auch durch die Leistung der ursprünglich mangelhaften Sache, von nicht gehöriger Erfüllung kann hier demnach nicht die Rede sein. Da sie eine Abart der Nichterfüllungsrüge gemäß § 320 sein soll, stehen ihr auch alle die Bedenken gegenüber, welche gegen deren Anwendung auf ursprüngliche Mängel der Einzelsache sprechen. Sie ist daher abzulehnen, sie würde zu denselben unhaltbaren Folgen führen wie die Nichterfüllungsrüge selbst [13]).

Dieser ihnen unerwünschten Rechtslage glauben manche Gegner dadurch abhelfen zu können, daß sie aus Billigkeitsgründen dem Käufer ein allgemeines Zurückweisungsrecht gegenüber der mangelhaften Leistung einräumen [14]). So sagt Krückmann (LZ 15. 1563): „Trotzdem es wahr ist, daß der Verkäufer nicht ganz das leistete, was er leisten sollte" — und auf S. 552: „Es ist doch sicher, daß das Gesetz die mangelhafte Ware mißbilligt, denn sonst würde es dem Käufer nicht die Rechtsbehelfe wegen der Mängel zugestanden haben. Diese Mißbilligung stellt den Satz, daß das Angebot einer mangelhaften Ware i. S. des § 294 ist, und daß der Käufer die fremde Leistung zurückweisen, die eigene verweigern kann, außer Zweifel". Wolff (8) hingegen meint: „Nicht auf den allgemeinen Bestimmungen der §§ 293, 320 beruht dieses Recht des Käufers, Annahme und Zahlung zu verweigern, sondern in dem besonderen Inhalt des Kaufvertrages ist diese Weigerung begründet."

Diese Ansicht ist abzulehnen. Eine derartige allgemeine Mängeleinrede muß die schwersten Bedenken hervorrufen [15]).

1. Sie ist nicht geeignet, die Rechtslage zu klären und einen endgültigen Zustand herbeizuführen [16]). Ob sie nur Minderung oder auch Wandlung bezweckt, erhellt aus ihrer Geltendmachung nicht. Alles bliebe in der Schwebe. Auch wird sie dem eindeutigen Willen des Käufers nicht gerecht. Weist er nämlich die mangelhafte Sache zurück, so bringt er damit zum Ausdruck, daß

---

[13]) Heerwart 353 ff.; Treitschke 434 ff.; Windscheid II § 321; Leonhard Beweislast 348; OLG 16.400.

[14]) Krückm. AZP 101.180 Anm. 122 und LZ 15.1351; Cosack § 127 VI 2; Fischer JJ 51.222; Adler ZHR 75.453 ff.; nach Crome II § 220 Anm. 4 und § 222 A. 2 nur im Falle der Zusicherung; ähnlich Haymann Anfechtung 19 „höchstens im Falle des § 463".

[15]) Leonhard Beweislast 364; Gierke § 190 III 3 b; Pisko 24; Düringer-Hachenburg III 96 Anm. 116; Oertmann Seuff. Bl. f. RA 76.3 ff. und R 09.623; auch Adler Grünhut 39.536.

[16]) Oertmann Seuff. Bl. 76.3.

er an ihr kein Interesse mehr hat. Er will sie nicht erwerben und seinerseits von der Zahlungspflicht frei werden. Diesem Willen entspricht allein die Wandlungseinrede, nicht die sog. Einrede des nichterfüllten Vertrages oder die ihr nachgebildete allgemeine Mängeleinrede. Denn jene erlaubt dem Käufer, den Vertrag aufzulösen, diese hingegen verpflichtet ihn zur Vertragstreue; jene erlaubt ihm die endgültige und unbedingte Zurückweisung der Gegenleistung, diese nur bedingt und aufschiebend. Weist der Käufer die mangelhafte Sache zurück, so kann darin nur die Wandlung erblickt werden [17]).

Aber auch für die schutzwürdigen Interessen des Verkäufers ist die gegnerische Ansicht unbefriedigend. Er könnte nicht anderweitig über die Sache verfügen, da er immer noch mit der künftigen Entscheidung des Käufers im Sinne der bloßen Minderung rechnen müßte. Hierdurch würde er dann zur Verschaffung der Sache verpflichtet, durch eine anderweitige Verfügung hätte er sich aber dazu außerstande gesetzt und würde sich nun dem Käufer ersatzpflichtig machen.

Sowohl die Einrede des nichterfüllten Vertrages wie die allgemeine Mängeleinrede sind, da sie die beiderseitigen schutzwürdigen Interessen der Vertragsgegner unberücksichtigt lassen, demnach unbillig und auch aus diesem Grunde abzulehnen.

2. Ein weiteres Bedenken ist § 468 zu entnehmen. Hiernach soll, wenn das verkaufte Grundstück der vereinbarten Größe ermangelt, der Käufer nur dann wandeln können, „wenn der Mangel so erheblich ist, daß die Erfüllung des Vertrages für den Verkäufer kein Interesse hat“. Diese Beschränkung des Wandlungsrechts, die rechtspolitisch durchaus Beifall verdient, könnte der Käufer nach der Gegenmeinung zu Ungunsten des Verkäufers leicht außer Kraft setzen, wenn er vor der Uebernahme des Grundstücks Kenntnis von dem Mangel hat. Denn er brauchte dann nur die Abnahme des Grundstücks auf Grund der allgemeinen Mängeleinrede zu verweigern, was er dem Wandlungsrecht gemäß nicht tun könnte, da dieses den Gewährleistungsfall voraussetzt [18]).

3. Ferner besteht darüber keine allgemeine Klarheit, welchen Ansprüchen des Verkäufers sie entgegengesetzt werden kann. Wohl nur dem Abnahmeanspruch. Ob auch dem Zahlungsanspruch, bleibt im Dunkel [19]). Diesen gegenüber ist sie deshalb nicht ohne weiteres begründet, weil die Möglichkeit der Minderung bestehen bleibt, welche die Zahlungspflicht nur teilweise berührt. Im Falle der Minderung hat die allgemeine Mängeleinrede keinen Sinn. Wer mindern will, erklärt damit, daß er

---

[17]) Leonhard Beweislast 365; Haymann 17; Krückmann Viehkauf 110.

[18]) Oertmann Seuff. Bl. f. RA 76.4.

[19]) Oertmann R 09.625 und Seuff. Bl. f. RA 76.4.

die Sache sehr wohl verwenden könne. Er wird also die Abnahme nicht verweigern, sondern nur die vollständige Zahlung.

4. Die allergrößten Bedenken erregt die sich aus der Gegenansicht notwendig ergebende Verteilung der Beweislast. Gerade hier zeigt sich ihre Unhaltbarkeit. Es ist nämlich unbestreitbar und unbestritten, daß der Käufer die Mangelhaftigkeit der Ware beweisen muß, falls er aus ihr Rechte herleiten will. Billigt aber die Gegenmeinung dem Käufer die Nichterfüllungsrüge aus § 320 oder die allgemeine dieser nachgebildeten Mängeleinrede, so wird der Beweis für die Mangelfreiheit der Sache dem Verkäufer aufgebürdet. Das ist nach der Beweislastverteilung in § 320 nicht zu bezweifeln. Hiernach hätte der Käufer die Möglichkeit, die ihm nach §§ 459 ff. zweifellos obliegende Beweislast auf den Verkäufer abzuwälzen. Diese Folgerung ist durchaus unzulässig [20].

Aus alledem ergibt sich, daß weder die Nichterfüllungsrüge, noch eine allgemeine Mängeleinrede der ursprünglich mangelhaften Leistung entgegengesetzt werden kann, sondern nur die Gewährleistungseinrede. Auf Grund dieser kann aber der Käufer nicht nur die Abnahme der angebotenen Leistung [21], sondern vor allem auch die Kaufpreiszahlung verweigern [22].

B. Veränderung der Erfüllungspflicht durch nachträglich eintretende Mängel.

§ 9.

Die nachträgliche Mangelhaftigkeit der Kaufsache.

1. Die Erfüllungspflicht des Verkäufers wurde dahin aufgefaßt, daß der Verkäufer einer Einzelsache verpflichtet sei, diese in der bei Vertragsabschluß bestehenden Beschaffenheit zu leisten. Trifft nun die Sache nach Kaufabschluß, aber vor Gefahrübergang eine Verschlechterung, so ist klar, daß der Käufer dann seiner Erfüllungspflicht nicht genügen kann.

1. Je nachdem die nachträgliche Verschlechterung sich beseitigen läßt oder nicht, müßte der Tatbestand der nachträglichen Unmöglichkeit oder des Verzuges erfüllt sein. Hierdurch würde eine Veränderung der Erfüllungspflicht i. S. d. §§ 323 ff. eintreten. Es ist aber unzweifelhaft, daß jeder erhebliche Mangel der Kaufsache, soweit er der Sache im Zeitpunkt des Gefahrüberganges noch anhaftet, dem Käufer nach § 462 die Gewährleistungsansprüche verleiht. Für deren Anwendung ist es also gleichgültig, wann der Mangel eingetreten ist — abgesehen von dem Sonderfall des § 463 [1]. Auf die nachträgliche erhebliche

---

[20]) So schon 1824 Heerwart 358 f.; Leonhard Beweislast 367; Schroeder 19; Oertmann R 09.626, bedenklich in R 08.349; Adler, Grünhut 39.536. Anders Bruck 70 ff.; RG 66.279.

[21]) Hellbach 6; Ebbecke R 11.747.

[22]) Hoeniger LZ 11.580; Ritter R 07.222.

Verschlechterung der Sache könnten somit sowohl die Vorschriften der §§ 323 ff. wie auch die der §§ 459 ff. angewendet werden. Daraus ergäbe sich eine Konkurrenz dieser besonderen mit jenen allgemeinen Bestimmungen.

a) Freilich ist dies nicht unbestritten. Nach einer Ansicht[2]) kann die Mangelhaftigkeit der Sache nie eine Unmöglichkeit i. techn. S. (also gemäß §§ 275, 306 ff., 323—25) begründen. Diese Lehre beruht im Grunde auf dem Gedanken, daß der Begriff der rechtlichen Unmöglichkeit auf dem der logisch-physischen aufgebaut sei. Das ist aber nicht richtig. Für das Recht stehen in erster Linie rechtliche und nicht physische Erwägungen in Frage. Das zeigt sich auf dem ganzen Gebiete des bürgerlichen Rechtes. Vornehmlich sei hier an den Begriff der Sache in den §§ 90 ff. erinnert, wonach z. B. auch Tiere als Sachen anzusehen sind, was nach physischer Auffassung durchaus undenkbar ist. Das Recht fragt nicht, wann eine Leistung im physisch-logischen Sinne unmöglich ist, sondern es sagt, daß eine unbewirkbare g e s c h u l d e t e Leistung unmöglich ist. Unmöglichkeit liegt so oft vor, als das, was geschuldet ist, nicht gewährt werden kann[3]). Daher darf die Fragestellung nicht lauten: begründet die Mangelhaftigkeit der Sache Unmöglichkeit der Leistung, sondern: macht ein nachträglicher Mangel die geschuldete Leistung unmöglich?[4]) Gegen die bekämpfte Lehre sprechen auch die §§ 134, 138, 309. Hiernach stehen den physisch unmöglichen Leistungen die gesetzlich verbotenen oder sittenwidrigen gleich. Für das Recht entscheidet eben nicht „die reine, sondern die praktische Vernunft“, wie Krückmann (AZP 101..61) selbst einräumt. Die „Einrede aus gewichtigem Grunde“, die er ausgleichend einführen will, würde noch über die Tragweite einer allgemeinen clausula rebus sic stantibus hinausgehen, die das BGB im Interesse der Vertragstreue und Verkehrssicherheit ablehnt[5]) — Außerdem darf nicht allein auf Unmöglichkeit abgestellt werden, wie es allgemein geschieht, sondern es muß auch der Fall des Verzuges berücksichtigt werden.

b) Bestritten ist ferner, ob die nachträgliche Mangelhaftigkeit vollständige[6]) oder teilweise[7]) Nichterfüllung in der Form

---

[1]) Meisner 40; RGR § 459.6 B c.

[2]) Krückmann Viehkauf 104 ff., AZP 101.155 ff., 168 ff. und LZ 16.715; Predari Gruch. 52.476.

[3]) Kiehl 609 f.

[4]) RGR § 459.6 B c.

[5]) Enneccerus § 264 a; Leonhard Lehrbuch 62; Staudinger I 1 vor § 275; Mot. II 199; Prot. I 631 und RG 50.257, 60.59, 62.276, 65.188, 86.398, 99.259, Warn. 11 Nr. 233.

[6]) Krückmann Viehkauf 106; Stölzle 86; Endemann § 125 Anm. 23; Dernburg DJZ. 03.4.

[7]) Schöller 46; RGR 459.6 B c.

der Unmöglichkeit oder des Verzuges begründet. Die Lösung der Frage kann nicht dem Begriffe der Teilleistung nach § 266 oder der Teilbarkeit der Leistung [8]) entnommen werden. Diese dürfen zu der Mangelhaftigkeit nicht in innere Beziehung gesetzt werden [9]). Die teilweise Nichterfüllung (in Form des Verzuges oder der Unmöglichkeit) in qualitativer Hinsicht erklärt sich vielmehr aus dem Gegensatz zur vollständigen Leistung. Unvollständig kann sie nicht nur in quantitativer, sondern eben auch in qualitativer Hinsicht sein. Das ist eine reine Folge der Wertung der Leistung nach rechtlich-wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Demnach kann die nachträgliche Mangelhaftigkeit auch teilweise Nichterfüllung begründen. Dies muß sogar als Regel erachtet werden, denn mangelhafte Leistung ist doch immerhin Leistung. Unter besonderen Umständen kann indessen die mangelhafte Beschaffenheit auch derart sein, daß die mangelhafte Leistung der vollständigen Nichterfüllung wirtschaftlich gleichsteht, so z. B., wenn ein Band eines einheitlichen Werkes verloren geht [10]).

2. Die Regelung der §§ 459 ff. gegenüber den §§ 323 ff. ist als eine Sonderregelung anzusehen. Während nämlich die Erfüllungspflicht sich auf die Sache schlechthin bezieht, knüpft die Gewährleistungspflicht als besondere Pflicht an den Zustand der Sache an; während jene eine allgemeine Pflicht jedes Schuldners ist und bei fast allen Schuldverhältnissen vorkommt, trifft diese nicht jeden Schuldner, da sie nur bei den Sachverträgen sich findet. Dem allgemeinen Charakter der Erfüllungspflicht entspricht die Regelung ihrer Verletzung in allgemeinen Vorschriften, also im Allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse; die besondere Natur der Gewährleistungspflicht hingegen führte zur Regelung im besonderen Teile des Schuldrechts.

Jede Sonderregelung will aber naturgemäß den Vorzug vor der allgemeinen haben. Dieser kann darin bestehen, daß die besondere Regelung die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften völlig ausschließt und ersetzt, sodaß alle Tatbestände nach der lex specialis beurteilt werden müssen; oder aber auch darin, daß grundsätzlich das Sonderrecht unter Ergänzung durch die allgemeine Regelung Anwendung findet. Ob das Gewährschaftsrecht jene stärkere oder diese schwächere Wirkung hat, ist nunmehr zu untersuchen.

3. Da im Gesetz keine die Anwendung der allgemeinen Vorschriften ausschließende Bestimmung vorhanden und ebenso wenig aus den Materialien zu ersehen ist, kann die Lösung der

[8]) RGR 459.6 B c; Doerr LZ 18.892.

[9]) Kisch 165; Kiehl 610; im Ergebnis auch Enneccerus § 335 I 2.

[10]) Kisch 193; Titze 48 ff.; Kipp 27. Dtsch. J.-Tag 288; Julius 35; Staudinger § 275.4; Planck § 275.4; Warneyer 275 III.

vorliegenden Frage nur dem der Sonderregelung zugrundeliegenden Zwecke und der Billigkeit entnommen werden [11]. — Zweifellos wird mit beiden Normengruppen die Beseitigung der durch die mangelhafte Leistung für den Gläubiger entstandenen Nachteile unter möglichster Schonung der schuldnerischen Interessen erstrebt [12]. Würde die Sonderregelung diesen Zweck in gleicher oder gar beifallswürdigerer Weise als die lex generalis erreichen, so müßte hieraus ihre ausschließliche Anwendbarkeit gefolgert werden. Das tut sie jedoch nicht. Die äußerst unbilligen Folgen, zu denen man bei ausschließlicher Anwendung des Gewährleistungsrechts gelangt, beweisen, daß neben den §§ 459 ff. die allgemeinen Bestimmungen der §§ 323 ff. ergänzend angewendet werden müssen.

Müßte das Gewährschaftsrecht ausschließlich angewandt werden, dann könnte der Verkäufer, der die Sache nachträglich schuldhaft beschädigt, nie auf Schadenersatz belangt werden. Dem Käufer ständen allein die Rechtsbehelfe aus § 462 zu, die sein Interesse an der Leistung im Zustand beim Vertragsabschluß unberücksichtigt lassen. Und wenn es sich um vorsätzliche Herbeiführung eines unerheblichen Mangels handelte, käme nicht einmal die Haftung nach §§ 459, 462 in Frage. — Ferner könnte der Verkäufer die ursprünglich vorhandene Eigenschaft zerstören und brauchte doch nie die Ersatzpflicht zu fürchten; denn nach § 463 haftet er auf Schadenersatz nur, wenn die Eigenschaft beim Vertragsabschluß fehlte, nicht aber dann, wenn sie damals vorlag und später wegfiel. — Besonders unbillig würde sich die Gegenmeinung im Falle des Annahmeverzuges auswirken. Da dieser den Gefahrübergang herbeiführt, könnte der Verkäufer selbst vorsätzlich und grob fahrlässig die Sache erheblich beschädigen, ohne daß er sogar auf Wandlung und Minderung belangt werden könnte; denn das Gewährschaftsrecht schreibt nur eine Haftung für die bis zum Gefahrübergang vorhandenen Mängel vor [13]. — Zu einem ebenso unhaltbaren Ergebnis käme man auf dem Gebiete des Viehkaufs. Hier könnte der Verkäufer niemals für eine Verschlechterung des Tieres, die keinen Hauptmangel darstellt, verantwortlich gemacht werden. Er könnte z. B. dem verkauften Pferde nachträglich ein Bein zerschlagen, ohne sich dafür ersatzpflichtig zu machen [14]. — Besondere Bedenken müssen aus dem Gesichtspunkt der Schlechterfüllung und des Abschlußverschuldens erhoben werden. Schlössen wirklich die §§ 459 ff. alle allgemeinen, aus der Mangelhaftigkeit der Sache sich ergebenden Ansprüche aus, so könnte nie eine Haftung für Schlechterfüllung oder Abschlußverschulden Platz greifen. Nach heutiger Ueberzeugung ist das völlig un-

---

[11]) Engelmann 16.26; Nowicki 49 f.

[12]) Dernburg II § 167.

[13]) Schollmeyer 105; Schöller 21.

[14]) Schöller 20; Haymann Anfechtung 21; Nowicki 52 f.

haltbar [15]). — Ferner könnte umgekehrt der Käufer die Kaufsache schuldhaft nachträglich verschlechtern, ohne sein Wandlungs- und Minderungsrecht wegen der Beschädigung zu verlieren. Die Gegenansicht hätte nur den einen Weg, dem Verkäufer einen deliktischen Schadenersatzanspruch zu geben, der gegen das Gewährleistungsbegehren des Käufers einredeweise geltend zu machen wäre. Die viel einfachere und billigere Lösung liegt hier einfach in dem Verlust des Gewährleistungsanspruchs infolge ausschließlicher Anwendung des § 324.

Das Gewährschaftsrecht kann demnach keine ausschließliche Regelung der Mangelhaftigkeit darstellen. Die Billigkeit erfordert, daß die allgemeinen Bestimmungen der § 323 ff. nur soweit zurückgedrängt werden, als sie den gleichen wirtschaftlichen Erfolg herbeizuführen imstande sind. Dies ist denn auch die in Wissenschaft und Rechtsprechung durchaus herrschende Meinung [16]).

Der Einfluß der nachträglichen Mangelhaftigkeit der Kaufsache auf die Erfüllungspflicht des Verkäufers muß naturgemäß verschieden sein, je nachdem die nachträgliche Mangelhaftigkeit behebbar oder unbehebbar ist [17]). Im ersteren Falle können als ergänzend anzuwendende allgemeine Bestimmungen nur die von der Unmöglichkeit der Leistung handelnden §§ 323—25 Anwendung finden, während im zweiten nur eine Ergänzung aus dem Gesichtspunkt des Verzuges in Frage kommen kann.

---

[15]) Staub Pos. Vertragsverletzungen 42; Müller Gruch. 50.531 und R 02.580; Leonhard Verschulden 52; Schollmeyer 105; Enneccerus § 335 Anm. 5; v. Blume 227; Nowicki 46; Dernburg II 70, Stölzle JW 08.633 ff.; Werner R 03.308.ff.; RG in dauernder Rechtsprechung.

[16]) Crome § 220 Anm. 33; Gierke III § 194.3; Dernburg DJZ 03.4; Düringer-Hachenburg III 73; Kisch 194 und Kr. Vschr. 03.559; Hellbach 7; Julius 30.ff.; Planck § 462.7; Oertmann 2 vor § 459; Schöller 17.20.f.; Nowicki 49 ff.; Schroeder 94 f.; Schollmeyer 104 ff.; Enneccerus § 335 I 2; Kiehl 619 ff.; Leonhard Verschulden 51; Levy 55 f.; Wetzel 39 f.; RGR § 459.6; Staudinger 6 vor § 459. —
a. M. Titze 227 und Kr. Vschr. Bd. 45.378, der die hier vertretene Meinung kurzerhand unrichtig nennt. Eccius 307; Schneider ABR 41.463 ff.; Endemann § 161.1 b und Anm. 20.13; Ehrlich 19. Noch anders Haymann Anfechtung 20 ff., der infolge falscher Auslegung der §§ 460 und 472 zu dem Ergebnis kommt, daß nur das Unmöglichkeitsrecht auf nachträgliche Mängel unter Ausschluß der §§ 459 ff. anzuwenden ist. Gegen ihn spricht der klare Wortlaut des § 459; vgl. gegen ihn Rud. Schmidt 103 f.

[17]) Diese Unterscheidung lehnt natürlich Krückmann LZ 15.1355 von seinem Standpunkt aus ebenso ab wie die zwischen ursprünglicher und nachträglicher Mangelhaftigkeit; richtig Schöller 14; Julius 40, h. M.

II. Im Falle eines unhebbaren Mangels gilt unter Berücksichtigung der damit gegebenen Unmöglichkeit im einzelnen folgendes:

1. Wenn der nachträglich unheilbare Mangel zufällig eintritt, so würde sich nach § 323 der Kaufpreis kraft Gesetzes mindern — selbst bei Unerheblichkeit. Mit Rücksicht auf das Gewährleistungsrecht ist diese Annahme unmöglich, da der Anspruch auf Minderung das gleiche wirtschaftliche Ziel verfolgt und es außerdem widersinnig wäre, wegen eines unerheblichen Mangels die Preisminderung kraft Gesetzes eintreten zu lassen, dagegen bei einem erheblichen Mangel nur einen Anspruch darauf zu gewähren. § 323 I ist daher sowohl bei erheblichen wie unerheblichen Mängeln durch die §§ 549 ff. als ausgeschlossen zu erachten [18]).

Dagegen ist Abs. 2 des § 323 für anwendbar zu halten. Der Käufer muß bei einer erheblichen wie auch unerheblichen Verschlechterung das an deren Stelle tretende Ersatzstück (Surrogat) verlangen dürfen. Das ist durchaus ein Gebot der Billigkeit. Tritt nämlich nach der hier vertretenen Meinung bei unerheblicher Mangelhaftigkeit keine Minderung ein, so trägt der Käufer, der in diesem Falle auch keine Gewährleistungsansprüche hat, die Gefahr eines nachträglich entstehenden unerheblichen Mangels. Wenn er aber den Nachteil zu tragen hat, muß man ihm als Ausgleich auch den Anspruch auf das Ersatzstück gewähren [19]).

2. Hat der Käufer den Eintritt des unhebbaren Mangels zu vertreten, dann findet § 324 gegenüber §§ 459 ff. ausschließliche Anwendung. Der Käufer hat hiernach den vollen Kaufpreis zu zahlen und erhält die verschlechterte Sache, wobei es keinen Unterschied macht, ob diese erheblich oder unerheblich mangelhaft geworden ist. Diesen Sonderfall behandelt das Gewährleistungsrecht garnicht [20]). Wollte man auf ihn, weil er nicht ausdrücklich im Gesetz ausgeschlossen worden ist, § 462 anwenden, so enthielte dies den gröbsten Verstoß gegen alle Rechts- und Billigkeitsgrundsätze sowie gegen die in § 254 statuierte Verschuldensaufrechnung. — Auch hier kann der Käufer die Herausgabe des Ersatzstückes verlangen.

---

[18]) Kisch 194; Schöller 7; Schollmeyer 105 f.; Nowicki 53 ff.; Gierke III § 190.3 c und § 194 Anm. 63; Enneccerus § 335 Anm. 5; Staudinger 6 a α vor § 459; Oertmann 2 c β vor § 459; anders Planck § 462.7 c.

[19]) Enneccerus § 335 Anm. 5; Oertmann 2 c vor § 259; anders Schroeder Anm. 6 ohne Begründung.

[20]) Oertmann in Ehrenberg IV 2.449 und 2 c vor § 459; Schollmeyer 106; RGR § 459.6 B c; Staudinger 6 a β δδ vor § 459.

3. Hat der Verkäufer den Eintritt des unhebbaren Mangels vertreten, so ergibt das Zusammentreffen des § 325 mit dem Gewährschaftsrecht folgende Rechtslage:

a) Dem Käufer ist unbedingt der Schadenersatzanspruch wegen teilweiser Nichterfüllung gemäß § 280 I wahlweise neben Wandlung und Minderung zuzubilligen, da diese ihm keinen Schadenersatz gewähren, also nicht den gleichen Erfolg bezwecken. Hiernach kann der Käufer auch den entgehenden Gewinn gemäß § 252 einklagen [21]). Da die Schadenersatzpflicht nach § 249 auf Naturalherstellung geht, so kann in diesem Falle der Käufer Ausbesserung der mangelhaft gewordenen Sache fordern. Dies auch im Falle der Zusicherung.

b) Aus demselben Grunde muß dem Käufer auch die wahlweise Geltendmachung des Anspruchs auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages offen stehen, wenn er sein mangelndes Interesse an der ganzen mangelhaften Leistung nachweist [22]).

c) Anstatt des Schadenersatzanspruchs wegen teilweiser Nichterfüllung kann der Käufer nach § 323 I sich einfach auf die von selbst eintretende Preisminderung berufen. Gegenüber dem das gleiche Ziel verfolgenden Anspruche auf Herabsetzung des Kaufpreises nach § 462 rechtfertigt sich die Zulässigkeit des Anspruchs aus § 323 I aus der Erwägung, daß jener kein Verschulden voraussetzt. Die kraft Gesetzes eintretende Minderung muß als Korrelat des in § 325 mit § 323 I erforderlichen Schuldnachweises angesehen werden. Mit Recht sagt daher Schollmeyer (S. 110): „Genügt der Käufer dieser erschwerenden Voraussetzung, so liegt . . . für den Richter kein Grund vor, der Behauptung des Käufers, es sei ipso iure Minderung eingetreten, die Anerkennung zu versagen". Wenn hiergegen Nowicki [23]) einwendet, dieses Ergebnis laufe der Absicht des Gesetzes, schikanöse und verwickelte Prozesse abzuschneiden, zuwider, so ist dagegen einzuwenden, daß solche Prozesse mehr die Höhe und die Voraussetzungen der Preisherabsetzung als deren Durchführung betreffen (ob ipso iure eintretende oder zu beanspruchende Minderung).

Der Anspruch auf das Ersatzstück bleibt auch in diesem Falle bestehen.

d) Neben der Wandlung kann auch das Rücktrittsrecht gemäß § 325 wahlweise ausgeübt werden [24]). Dies erfordert vor allem

---

[21]) Enneccerus § 335 I 2; Kiehl 621; Kisch 194; Planck § 462.7 c.

[22]) Gierke § 194 Anm. 65; Enneccerus § 335 I 2; Oertmann 2 c β aa vor § 459; Staudinger 6 a γ vor § 459; Frankenburger IW 25.559; RG Seuff. Arch. 53 Nr. 30.

[23]) Nowicki S. 57 unter Berufung auf die Motive II 225.

[24]) Kiehl 620 f.; Gierke § 193 Anm. 65 und § 190 III 3 c; Oertmann 2 c β aa vor § 459. — Anders Enneccerus § 335 Anm. 5; Cosack § 127 VI 1; Kisch 194.

die Billigkeit. Wäre die Gegenansicht zutreffend, so könnte wegen nachträglich vom Verkäufer verschuldeter, den Erfordernissen des § 459 nicht genügender Mängel nie der Vertrag aufgelöst werden — weder auf dem Wege des Rücktritts noch dem der Wandlung. Daß im gegebenen Fall der Käufer auch infolge eines unerheblichen Mangels oder des Wegfalls einer ursprünglich vorhandenen Eigenschaft an der Erfüllung des Vertrages kein Interesse mehr hat, sollte nicht bezweifelt werden. Wollte man aber — Verschulden des Verkäufers vorausgesetzt — wie Nowicki (58 f) bei erheblichem nachträglichen Mängeln nur Gewährleistungsrechte, bei unerheblicher Verschlechterung hingegen die allgemeinen Normen, also das Rücktrittsrecht nach § 325 gewähren, so käme man zu dem befremdlichen Resultat, daß bei einem unerheblichen Mangel der Käufer durch einseitige Willenserklärung (Rücktritt) den Vertrag auflösen könnte, nicht dagegen bei einem erheblichen verschuldeten. Selbst im Falle einer vorsätzlich herbeigeführten erheblichen Verschlechterung der Sache durch den Verkäufer könnte der Käufer stets nur wandeln, nie dagegen zurücktreten. Ein je größerer Vorwurf dem Verkäufer dadurch gemacht werden könnte, daß er nicht nur einen erheblichen Mangel verursacht, sondern ihn sogar vorsätzlich herbeigeführt hat, desto beschränkter wäre der Käufer in seinen Rechten! Sonst gilt jedoch der umgekehrte Grundsatz: ein je stärkerer Vorwurf dem Schuldner zu machen ist, desto stärkere Rechte werden dem Gläubiger verliehen.

Daß die Frage der Zulässigkeit des Rücktritts nicht einfach nach dem Gesichtspunkt des einseitigen Vorteils des Käufers entschieden werden kann, ist klar. Maßgeblich kann m. E. nur die Billigkeit, d. h. die alle Umstände berücksichtigende und abwägende Vernunft sein, und zwar umso mehr, als weder aus der Geschichte, dem Gesetz noch der systematischen Anordnung Auslegungsgründe dagegen entnommen werden können.

III. Erleidet die Sache nach Kaufabschluß, aber vor Gefahrübergang eine nachträgliche hebbare Verschlechterung, so steht Verzug in Frage. Beruht der Eintritt des Mangels auf einem vom Schuldner nicht zu vertretendem Umstande (Zufall, oder durch Verschulden des Käufers), § 285, so kommt es darauf an, ob der Mangel erheblich oder unerheblich ist. Im ersteren Fall hat der Käufer die Gewährschaftsklagen und zwar nur diese; im letzteren Fall hingegen ist der Verkäufer von jeder Haftung frei und der Käufer muß den Nachteil tragen. Hat aber der Verkäufer den Eintritt des Mangels verschuldet, so kann er der ihm obliegenden Pflicht, die Sache im Zustung des Kaufabschlusses zu leisten, nicht erfüllen. Folglich muß sich hier eine Konkurrenz der Vorschriften der Nichterfüllung mit den Gewährschaftsregeln ergeben. Und da der Mangel regelmäßig die Leistung nicht völlig vereitelt, so wird das Gewährschaftsrecht gewöhnlich mit den Vorschriften über Teilverzug zusammentreffen.

1. Als konkurrierende allgemeine Bestimmungen kommen die §§ 326 (323), 286 ff. in Frage. Hiernach gestaltet sich die Rechtslage im einzelnen folgermaßen:

a) Der Käufer kann, wenn die übrigen Verzugsvoraussetzungen vorliegen, infolge des durch die hebbare Mangelhaftigkeit begründeten Teilverzuges nach § 286 I Schadenersatz wegen teilweiser Verzögerung der geschuldeten Leistung verlangen, da weder Wandlung noch Minderung ihm dieses Recht verleihen [25]. Auf diesen Anspruch kann nicht § 249 angewandt werden; denn eine Naturalherstellung kann nicht den durch die verzögerte Leistung entstandenen Schaden ersetzen. Der Schadenersatzanspruch auf das Verspätungsinteresse muß notwendig auf Geld gehen. Daneben verbleibt dem Gläubiger der Anspruch auf die Restleistung [26]. Da die durch den Verzug herbeigeführte Unvollständigkeit in der heilbaren Mangelhaftigkeit der geleisteten Ware liegt, muß der Anspruch auf die Restleistung auf Ausbesserung abzielen, die ja bei einem hebbaren Fehler möglich ist. Der Ausbesserungsanspruch ist also nichts anderes als der Erfüllungsanspruch und kein Schadenersatzanspruch [27]. — Hat der Käufer an der Restleistung kein Interesse mehr, so kann er unter deren Ablehnung Schadenersatz wegen teilweiser Nichterfüllung verlangen, § 286 II [28].

b) Weist der Käufer nach, daß er infolge der Mangelhaftigkeit kein Interesse mehr an der ganzen Leistung hat, so kann er Schadenersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages fordern, § 326. Wählt er diesen Weg, so ist der Erfüllungsanspruch nach § 326 I Halbsatz 2 ausgeschlossen. Daraus folgt, daß dann der Käufer keine Ansprüche mehr erheben kann, welche die Leistung oder Ausbesserung der Sache bezwecken. Auch Wandlung und Minderung kann er nicht mehr begehren, da diese ein noch bestehendes Forderungsrecht voraussetzen [29]. Ebensowenig kann er noch den Verzugsschaden geltend machen, da dieser in dem Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung mit enthalten ist [30]. Dieser Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung geht nur auf Geld [31].

c) Schließlich steht dem Käufer das Rücktrittsrecht aus § 326 aus den oben (II 2 d) dargelegten Erwägungen zu [32].

---

[25]) Schollmeyer 115; Enneccerus § 335 I 2.

[26]) Enneccerus § 275 I 1.

[27]) Anders Endemann § 161 Am. 31; Windscheid-Kipp § 395 Anm. 2; Gierke § 193 Anm. 65; Oertmann 2 c β αα vor § 459; Nowicki 64 (eine Obhutspflicht sei verletzt, die zur Ausbesserungspflicht führe; er wendet aber trotzdem § 249 auf § 286 I an); Schöller 21.

[28]) Enneccerus § 276.

[29]) Schollmeyer 118; Nowicki 66.

[30]) Staudinger-Keidel § 286.1; RG 94.203.

[31]) Enneccerus § 275 I und § 276 III; vgl. oben § 7 II 2 e.

2. Alle oben erwähnten Rechte stehen dem Käufer nur wahlweise neben den Gewährschaftsansprüchen zu. Entschließt er sich für die letzteren, so sind ihm die Verzugsrechte versagt. Durch die Leistung der ausgebesserten Sache wird der Vertrag erfüllt. Für Wandlung und Minderung bleibt dann kein Raum mehr[33]. Der Käufer muß demnach die ihm nunmehr angebotene Sache annehmen, widrigenfalls er in Annahmeverzug gerät[34]. Mit der Zahlungsweigerung einem solchen Angebot gegenüber käme er außerdem in Schuldnerverzug.

§ 10.

Vergleich von Erfüllungs= und Gewährleistungspflicht bei nachträglichen Mängeln.

Betrachtet man die in § 9 dargestellte Konkurrenz der §§ 459 ff. mit den §§ 323 ff. unter dem Gesichtspunkt der Erfüllungs= und Gewährleistungspflicht des Verkäufers, so muß festgestellt werden, daß sich hier die scharfe Scheidung der Tatbestände des Erfüllungs= und Gewährleistungsrechts nicht aufrechterhalten läßt. Hinsichtlich der nachträglichen Mangelhaftigkeit der Kaufsache ähnelt die Rechtslage der bei Miete und Werkvertrag: der Mangel berührt auch die Erfüllungspflicht des Verkäufers, woraus notwendigerweise die Anwendung der allgemeinen Rechtssätze folgt. Während jedoch auf dem Gebiete der Miete und des Werkvertrages trotz der so geregelten Erfüllungspflicht das Gesetz an die Mangelhaftigkeit der Sache besondere Rechtsfolgen, nämlich die des Gewährschaftsrechts knüpft, ist das im Kaufrecht bei der nachträglichen Mangelhaftigkeit nicht der Fall. Diese Aufgabe zu lösen blieb der Rechtswissenschaft vorbehalten. In reinlicher Scheidung treten aber beide Pflichten bei der nachträglichen verschuldeten unerheblichen Mangelhaftigkeit wieder auf, da hier nie die Gewährleistungspflicht eingreifen kann. Der dem Käufer hier entstehende Schaden wird nur durch die Rechtsfolgen der verletzten Erfüllungspflicht ausgeglichen.

Infolge der Möglichkeit des Käufers, sich wahlweise der allgemeinen oder der besonderen Rechtsbehelfe zu bedienen, ist eine Beeinflussung jener durch diese unabwendbar[1]. Das zeigt sich in zweifacher Hinsicht.

---

[32]) Gierke § 193 Anm. 65; anders Nowicki 66.

[33]) Streng genommen braucht freilich der Käufer die Sache nur in den bei Kaufabschluß bestehenden Zustand zurückzuführen. Den schon vorher gegebenen Mangel ist er nicht zu beseitigen verpflichtet, da er ein ursprünglicher ist. Deswegen könnten wegen dieses Mangels der ausgebesserten Sache die Gewährschaftsklagen noch eingreifen.

[34]) Schollmeyer 116.

[1]) Eine derartige Beeinflussung der Erfüllungspflicht durch die Gewährleistungspflicht konnte bisher nicht festgestellt werden.

1. Gemäß § 464 muß sich der Käufer, wenn ihm der Mangel der Sache bei der Annahme bekannt ist, die Gewährschaftsrechte vorbehalten, widrigenfalls er sie verliert. Fraglich ist nun, ob ein gleicher Vorbehalt bei den aus den allgemeinen Vorschriften hervorgehenden Rechten nötig ist. Wie das Gesetz über die ganze Konkurrenzlehre schweigt, besagt es folglich auch über diese Frage nichts. Da nun die Voraussetzungen der beiden Normengruppen verschieden sind, läge eine abweichende Behandlung beider bezüglich des Vorbehalts nahe. Dies ist jedoch abzulehnen [2]).

a) Wenn auch die allgemeinen Bestimmungen Verschulden voraussetzen, so kann das kein Grund für die Nichtanwendung des § 464 sein. Denn er bürdet dem Käufer die Vorbehaltspflicht auch dann auf, wenn der Verkäufer das Vorhandensein des Fehlers arglistig verschwiegen hatte und infolgedessen eine Haftung auf Grund Verschuldens eintritt, wie im § 4 III 2 dargelegt wurde. Für die übrigen Fälle der Verschuldenshaftung gemäß §§ 323 ff. kann infolgedessen nichts anderes gelten.

b) Ferner verlangt das Gesetz vom Käufer selbst dann den Vorbehalt seiner Rechte, wenn die Fehler erheblich sind oder die Anwesenheit einer Eigenschaft ausdrücklich zugesichert war und wenn es sich um die weniger weitreichenden Rechte aus §§ 462, 463 handelt. Für die allgemeinen Rechtsbehelfe, die gegebenenfalls den Inhalt und Umfang des Ersatzanspruchs aus § 463 annehmen können, muß dann aber dasselbe gelten.

2. Während die Gewährschaftsansprüche der kurzen Verjährungsfrist des § 477 unterworfen sind, verjähren die auf die allgemeinen Bestimmungen gestützten Rechte in der gewöhnlichen Verjährungszeit. Es fragt sich, ob auch hier ähnlich wie bei dem Vorbehalt der Rechte nach § 466 eine Beeinflussung der allgemeinen Vorschriften durch die besonderen am Platze ist. Das ist nicht zu bezweifeln. Zwar würde es völlig gerechtfertigt sein, die Verschuldensansprüche der kurzen Verjährung des § 477 zu entziehen. Diesen Gesichtspunkt beachtet das Gesetz im Falle der arglistigen Verschweigung. Dieser Regelung gegenüber dürfte aber doch die in den Motiven (II 238) ausgesprochene gesetzgeberische Erwägung vorzuziehen sein, nach welcher alle Ansprüche wegen Sachmängel der kurzen Verjährung zu unterwerfen sind, weil für den Güteraustausch und den Rechtsverkehr der Rückgriff auf Mängel der Sache nach längerer Zeit äußerst lästig und störend ist.

---

[2]) Schollmeyer 108; Haymann Anfechtung 8; Enneccerus § 335 I 2; RG JW 13.88.

[3]) Schollmeyer 109; Enneccerus § 335 Anm. 6; Nowicki 60; RG in fester Rechtsprechung 54.204, 56.169, 93.161, Seuff. Arch. 58.347. — Anders Staub DJZ 03.389; Schultze 143 ff.; Krückmann AZP 101.231.

C. Nach Gefahrübergang eintretende Mangelhaftigkeit.

§ 11.

Die nach dem Gefahrübergang eintretende Verschlechterung der Kaufsache.

Auch nach dem Gefahrübergang kann die Kaufsache eine Verschlechterung erleiden. Diese kann nicht durch die Gewährleistungsansprüche ausgeglichen werden. Wenn das Gesetz an die den Gefahrübergang bewirkende Handlung auch die Erfüllung des Vertrages so z. B. im Falle der Uebergabe der Sache zwecks Uebereignung, knüpft, so trägt zweifllos der Käufer alle Nachteile der nunmehr eintretenden Verschlechterung. Weder Nichterfüllungs- noch Gewährleistungsanspürche stehen ihm dann zu. Es kann aber auch sein, daß die schuldnerische Handlung, z. B. die verlangte Versendung nach § 447 I oder das erfolglose Angebot der vertragsmäßigen Leistung nach den §§ 300, 324 I, nur den Gefahrübergang, nicht dagegen die Vertragserfüllung herbeiführt; trägt hier der Verkäufer den Schaden für jede Verschlechterung? Zweifellos sind ihm die Gewährleistungsansprüche entzogen, denn der Verkäufer haftet nur für die bei Gefahrübergang bestehenden Mängel. Da es aber dem Verkäufer bei einer solchen Verschlechterung unmöglich ist, die Sache in der geschuldeten Beschaffenheit, d. h. in der bei Vertragskaufabschluß bestehenden, zu leisten, so müssen hier die Bestimmungen über Unmöglichwerden oder Verzug zur Anwendung kommen. Denn der Vertrag ist trotz des Gefahrüberganges noch nicht erfüllt worden; der Schuldner hat noch nicht das, worauf der Gläubiger berechtigt ist, geleistet.

1. Treten diese Mängel infolge keines von den Parteien zu vertretenden Umstandes ein, so wäre der Tatbestand des § 323 gegeben. Das Gesetz schließt jedoch seine Anwendung durch den Begriff des Gefahrüberganges aus. Dessen Bedeutung liegt in der Befestigung der Gegenforderung derart, daß sie durch zufällig eintretende Nichterfüllung nicht mehr geändert werden kann [1]). Das ordnet das Gesetz in § 446 I ausdrücklich an. Folgerichtigterweise hat es auch für die übrigen Fälle des Gefahrübergangs zu gelten: §§ 446 II, 447 I, 300, 324 II.

2. Hieraus folgt aber auch, daß bei nicht zufälliger Verschlechterung anderes zu gelten hat. So kann § 324 als nicht ausgeschlossen angesehen werden. Verletzt demnach der Käufer nach Gefahrübergang die Sache erheblich, so trägt er selbst den Schaden für seine schuldhafte Handlung.

3. Ebenso bleibt für die Anwendung des § 325 Raum. Schädigt der Verkäufer nach Gefahrübergang, aber vor Vertragserfüllung die Sache, so haftet er dafür, gemäß § 325 [2]). Dem

---

[1]) Leonhard, Lehrb. 64.

[2]) Kisch 195; Crome § 220.9; Schroeder 94; Oertmann 2 d vor § 459 und R 08.349.

Käufer stehen sämtliche Rechtsbehelfe aus § 325 zu. Er muß aus Billigkeitsgründen auch den Anspruch auf das an die Stelle der Verschlechterung tretende Ersatzstück haben, was indessen auch für den zufälligen Untergang oder die zufällige Verschlechterung im Falle des § 323 gelten muß.

4. Handelt es sich um eine behebbare Verschlechterung, so kann nur die Anwendung der Rechte aus dem Gesichtspunkt der Verzögerung der vertragsmäßigen Leistung in Betracht kommen[3]). Der Käufer muß hiernach seine Ansprüche auf § 326 stützen.

2. Abschnitt.

§ 12.

Der Gattungskauf.

I. Der für den Stückkauf geltende Satz, daß der Verkäufer einer Sache nicht verpflichtet ist, sie mangelfrei zu leisten, sondern in dem bei Vertragsabschluß befindlichen Zustand, kann für den Gattungskauf keine Geltung beanspruchen. Verkauft ist ja nicht eine in ihrer Individualität bestimmte Sache, sondern irgend ein Stück oder eine Menge, die lediglich nach Gattungsmerkmalen bezeichnet ist. Man kann insofern mit Staudinger[1]) sagen, die Gattungsschuld stelle „einen Sonderfall der Unbestimmtheit der Leistung" dar. Hieraus folgt auch, daß sich nicht aus dem Kaufvertrag über eine Gattungssache selbst ähnlich wie aus dem über eine Stücksache[2]) etwas darüber ergeben kann, wie beschaffen die Sache sein muß, um als vertragsmäßige Leistung zu gelten. Daher kommt für die Entscheidung dieser Frage nur das Gesetz in Betracht, und zwar die Bestimmungen der §§ 243 und 480.

1. Gemäß § 243 I hat der Gattungsschuldner eine Sache in mittlerer Art und Güte zu leisten. Die Auslegung dieser Bestimmung ist im Hinblick auf die Mängel der Gattungssache in der Wissenschaft nicht einheitlich. Die eine Ansicht[4]) geht dahin, daß jeder Mangel im Sinne des § 459 die Gattungssache unter den Durchschnitt, unter mittlere Güte[3]) hinabdrückt, sodaß also der Gattungsschuldner durch Leistung einer mangelhaften Sache

---

[3]) Vgl. oben § 9 III.

[1]) § 243.1.

[2]) § 7 I 2.

[3]) Mittlere Art und Güte ist eine nichtssagende Redewendung. Die „Art" ist kein gleiches Qualifikationsmerkmal wie die Güte. Es bezieht sich nicht auf die Beschaffenheit der Sache, sondern ist identisch mit dem Begriff der Gattung.

[4]) Kisch 193; Leonhard Beweislast 366 u. Verschulden 24; Schroeder 89 ff.; Enneccerus § 336 I 1; Endemann § 161 Anm. 61; Pisko 45; Crome § 220.2 c; Emerich 68; Landsberg I E 128; Hanke 64; Adler=Grünhut 39.541; RG. 47.135.

seine Schuld nicht erfüllt. — Dieser Ansicht gebührt der Vorzug. Es ist unmöglich, daß eine Gattungssache trotzdem von mittlerer Güte bleibt, obgleich sie erhebliche Mängel aufweist. Haben z. B. Zigarren einen ungleichen Brand, der sie schwer verkäuflich macht, so sind sie nicht nur erheblich mangelhaft im Sinne des § 459, sondern auch nicht von mittlerer Güte im Sinne des § 243. Oder: die gelieferte Taschenuhr hat eine gesprungene Feder[5]. Zweifellos liegt hier ein erheblicher Fehler vor. Sie ist zugleich aber nicht von mittlerer Beschaffenheit. Die Gegenansicht[6] träfe nur zu, wenn die „Güte" die Summe aller durchschnittlichen Eigenschaften wäre[7], sodaß die Vorzüge die Mängel aufhöben. Das ist aber nicht richtig. Zweifellos kann nicht jeder Fehler der Sache die Druchschnittsbeschaffenheit nehmen, wohl aber jeder erhebliche Fehler. Nicht ein Aufwiegen des einzelnen erheblichen Fehlers durch die Vorzüge kommt als entscheidendes Merkmal in Betracht, sondern das Vorhandensein aller durchschnittlichen Eigenschaften. Dieser Maßstab ist auch für die Wertschätzung der Einzelsache üblich. Daß § 243 I keinen Maßstab dafür abgeben wolle[8], ob die Leistung mangelhafter Gattungssachen Erfüllung oder Nichterfüllung ist, kann somit als nicht richtig angesehen werden. Nur die vertretene Auffassung entspricht dem Sprachgebrauch und der Verkehrsanschauung wie auch vor allem dem Gesetz, wie aus § 480 hervorgeht.

2. Die Lösung der vorliegenden Frage kann ferner der zweiten die Gattungsschuld betreffende Vorschrift, § 480, entnommen werden, nach welcher der Gattungskäufer im Falle der Mangelhaftigkeit anstatt Wandlung und Minderung die Nachlieferung einer mangelfreien Sache begehren kann. Das Gesetz gibt hierdurch dem Käufer einen Anspruch auf Leistung einer mangelfreien Sache anstelle der mangelhaften. Da dieser Anspruch im Mängelrecht steht, liegt der Gedanke nahe, daß er seinem Wesen nach ein Gewährleistungsanspruch ist. Hieraus würde folgen, daß auch beim Gattungskauf mangelhafte Leistung Erfüllungswirkung hat auf Grund des begrifflichen Gegensatzes zwischen der Erfüllungs- und Gewährleistungspflicht. Dies wäre jedoch irrig. Dadurch, daß der Käufer die mangelhafte Sache zurückweisen oder zurückerstatten kann, um dafür eine mangelfreie verlangen zu dürfen, ist er in die Lage versetzt worden, die angebotene Sache als Nichterfüllung behandeln und anderweitige Erfüllung begehren zu können. Der Nachlieferungsanspruch des § 480 muß

---

[5]) Beispiele von Schollmeyer 100.

[6]) Schollmeyer 90 ff.; Dernburg § 188 I; Fischer JJ 51.212; Kiehl (Gruch). 42.607; v. Blume 238; Staub-Koenige § 374 Anm. 37, § 377 Anm. 3; Planck 480.1 (and. frühere Aufl.); Staudinger § 480 II 1a; Oertmann § 480.2 a und in Ehrenberg IV 2.298; Julius 33.

[7]) Enneccerus § 336 Anm. 3.

[8]) Oertmann § 480.2 a.

demnach ein Erfüllungsanspruch sein, sogar nichts anderes als der ursprüngliche Erfüllungsanspruch. Die Richtigkeit dieses Satzes ergibt sich auch daraus, daß dieser Anspruch dem Käufer wahlweise statt Wandlung und Minderung gewährt wird. Denn Wandlung und Minderung setzen die Vertragserfüllung voraus. Hat aber der Käufer die Wahl, ob er anstatt der Wandlung und Minderung, durch deren Geltendmachung er den Vertrag als erfüllt und die mangelhafte Leistung als vertragsmäßige behandeln würde, die Leistung einer anderen, fehlerfreien Sache verlangen darf, so folgt aus diesem Gegensatz, daß er den Vertrag als nicht erfüllt ansehen darf. In dem Gegensatz der Ansprüche auf Wandlung und Minderung einerseits und Nachlieferung andererseits liegt demnach der zwischen Erfüllungs- und Gewährleistungspflicht. Der Nachlieferungsanspruch ist folglich nur der ursprüngliche Erfüllungsanspruch [9]. Das sprechen die Motive [10] auch ganz klar aus: „Mit der Geltendmachung des Rechts auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache fordert der Gläubiger die Erfüllung des Vertrages".

Obgleich der Nachlieferungsanspruch nichts anderes als die alte Kaufforderung ist, behandelt ihn das BGB wie den Wandlungsanspruch [11]. Daher gelten für ihn dieselben Regeln bezüglich der Vollziehung (§ 465), des Ausschlusses (§ 467, 1) der Verjährung usw. Für den Nachlieferungsanspruch im Falle des begrenzten Gattungskaufes ist hervorzuheben, daß er dann als ausgeschlossen erachtet werden muß, wenn mit ihm keine qualitativ bessere Leistung erzielt werden kann [12]. Das trifft dann zu, wenn die Gattungsware in der Beschaffenheit geliefert wurde, in der sich der ganze begrenzte Vorrat befindet.

II. Das Eigentümliche hinsichtlich der Mangelhaftigkeit einer gelieferten Gattungssache besteht darin, daß sie sowohl die Ansprüche aus der Gewährleistung wie auch aus der Nichterfüllung auslösen kann. Auch hier sind Erfüllungs- und Gewährleistungs-

---

[9]) Allgemein anerkannt: Leonhard Verschulden 57; Gierke § 194 Anm. 74; v. Blume 238; Enneccerus § 336 I 1; Krückmann AZP 101.178 und 233 Anm. 146; Dernburg § 188 II; Crome § 222 III; Schroeder 90; Windscheid-Kipp II § 395.5; Planck § 480.3 u. 4 c; Warneyer § 480.1; Staudinger § 480 III 1.

Anders Schollmeyer 102; Endemann § 161 Anm. 61 f., Roth LZ 18.238; Hoeniger 578; —

Windscheid a. a. O. u. Oertmann in Ehrenberg IV 2.397 sehen den Grund für die Erfüllungspflicht in mangelfreiem Zustand in einer „stillschweigenden Vereinbarung" bezw. der zu „unterstellenden Parteiabsicht wie dem objektiven Geschäftszweck".

[10]) Mot. II 242.

[11]) Gierke § 194 III; Enneccerus § 336 II; Staudinger § 480 III 2.

[12]) So bes. Endemann § 161.5; Enneccerus § 230 Anm. 13; Leonhard Verschulden 26; Schöller 24.

pflicht scharf geschieden. Entweder behandelt der Käufer die geleistete Ware als Vertragserfüllung, dann stehen ihm nur die Gewährleistungsansprüche zu, oder er stellt sich auf den Standpunkt der Nichterfüllung, dann kann er Nachlieferung begehren. Die Rechtslage ähnelt hier sowohl in den Rechtsfolgen wie in den Voraussetzungen (§ 279 !) der für nachträgliche Mängel beim Stückkauf.

1. Der Käufer kann, wenn er sich auf den Standpunkt der Nichterfüllung stellt, die Annahme der mangelhaften Sache verweigern und die Preiszahlung ablehnen, ohne in Annahme- und Schuldnerverzug zu kommen [13]. Annahmeverweigerung und Zahlungsablehnung erfolgen hier auf Grund der Nichterfüllungsrüge aus § 320 [14]. Dagegen kann der Verkäufer in Schuldnerverzug geraten, wenn er die Nachlieferung einer mangelfreien Sache verzögert [15]. In diesem Falle kann der Käufer Schadenersatz wegen Verzögerung der Leistung fordern. Hieraus folgt aber nicht, daß der Käufer im Falle der Annahme der mangelhaften Sache den Verkäufer auf Schadenersatz wegen teilweiser Nichterfüllung oder auf Nachbesserung in Anspruch nehmen könnte [16]. Das stände in unversöhnlichem Gegensatz zu der Alternative, vor die das Gesetz den Käufer stellt: entweder die gelieferte Sache als vertragswidrig behandeln oder als Erfüllung betrachten. Im ersteren Falle darf er nicht annehmen, sodaß rechtlich die Lage so ist, als ob noch garnicht geliefert wäre; im zweiten Falle hat er nur die Gewährschaftsrechte, also nur ganz darf der Käufer die gelieferte Sache als Erfüllung behandeln oder als gar keine [17].

Da die Erfüllungspflicht des Verkäufers beim Gattungskauf sich auf die mangelfreie Beschaffenheit der Sache erstreckt [18], muß notwendig immer dann, wenn die mangelfreie Verschaffung unmöglich ist, entweder ursprüngliche oder nachträgliche Unmöglichkeit vorliegen.

Ursprüngliche Unmöglichkeit wird indessen bei Gattungssachen, da sie in der Regel vertretbar sind, selten gegeben sein.

---

[13]) Oertmann § 480.2 b.

[14]) Enneccerus § 336 I 1; Nowicki 40; Schöller 21 Anm. 26; Staudinger § 480 III 1 c; Gierke § 194 Anm. 74; Haymann 46; OLG 21.197.

[15]) Müller Gruch. 50.531; Wolff 75; Staudinger § 480 III 1 g; Planck § 480.1; RG 54.81, JW 04.198 Nr. 7 u. 05.17, R 08.221, Seuff. A. 60 Nr. 185.

[16]) So Düringer-Hachenburg III 157 ff.

[17]) Oertmann § 480.2 b; Oertmann 41.

[18]) Anders aber m. E. im Falle der Zusicherung einer Eigenschaft, falls hiermit die zu leistende Gattungssache nicht näher in der Art begrenzt werden soll. Denn in der Zusicherung liegt bekanntlich nie die Willenserklärung ihrer Verschaffung, nie eine Erfüllungspflicht.

2. Von nachträglicher Mangelhaftigkeit beim Gattungskauf kann nur dann gesprochen werden, wenn die Verschlechterung nach der Vereinfachung (Konzentration, nicht Kaufabschluß) und vor Gefahrübergang eintritt. Bevor nicht der Verkäufer das zur Leistung einer Sache von mittlerer Güte seinerseits Erforderliche getan hat, liegt immer noch die reine Gattungsschuld vor. Erst wenn die Vereinfachung eingetreten ist, kann von nachträglicher Verschlechterung der Sache gesprochen werden. Aber nur eine solche Verschlechterung kommt hier in Frage, welche der Sache die Eigenschaft mittlerer Güte beläßt. Ist das nicht der Fall, so vereinfacht sich nämlich die Schuld nicht durch die einseitige Handlung des Schuldners, sondern nur durch die Zustimmung des Gläubigers [18]). Alsdann würden aber Vereinfachung und Gefahrübergang zusammenfallen und von einer nachträglich, d. h. nach Vereinfachung eingetretenen Verschlechterung könnte keine Rede sein. Bleibt aber die Gattungssache trotz des erheblichen Mangels von mittlerer Güte, dann hat sich die Schuld auch vereinfacht. Auch für die bis zum Gefahrübergang entstehenden Mängel hat der Käufer zweifellos die Mängelrechte und den Nachlieferungsanspruch [19]). Für die zwischen dieser Vereinfachung und dem Gefahrübergang entstehende Verschlechterung müssen dann aber, falls sie also zeitlich nicht zusammenfallen, was nur selten zutrifft (z. B. im Falle des § 296 und der Holschuld) die allgemeinen Bestimmungen der §§ 323 ff. Anwendung finden [20]). Die Rechtslage unterscheidet sich dann nicht von der des Stückkaufes [21]). Die Ansprüche auf Grund teilweiser Erfüllung stehen dem Käufer nur wahlweise neben den ihm in § 480 gewährten Rechtsbehelfen zu. Demgemäß kann der Käufer statt Wandlung, Minderung und Nachlieferung, Schadenersatz nach den allgemeinen Bestimmungen und unter den für den Stückkauf geltenden Voraussetzungen fordern; desgleichen steht ihm das Rücktrittsrecht nach § 325 f. in demselben Umfange wie bei dem Stückkauf hinsichtlich nachträglicher Verschlechterung zu. Nie können hingegen diese Rechte mit dem Nachlieferungsanspruch zusammentreffen, da der Käufer in diesem Falle den Vertrag als vollständig nicht erfüllt behandelt [22]). — Nur darin unterscheidet sich die Rechtslage gegenüber dem Stückkauf, daß der nach § 463 maßgebliche Zeitpunkt für das Vorhandensein des Mangels nicht der

---

[18]a) Adler=Grünhut 39.519.

[19]) a. Adler=Grünhut 39.543 hinsichtlich des Nachlieferungsanspruchs.

[20]) Schollmeyer 113 ist offenbar der Ansicht, daß beim Gattungskauf eine nachträgliche Unmöglichkeit in dem angeführten Sinne undenkbar ist und schließt folglich die Anwendung der §§ 323 ff. aus.

[21]) Nowicki 62.

[22]) Unklar Nowicki 61 f.

Kaufabschluß ist, sondern die Schuldvereinfachung [23]. Dieser Zeitpunkt hat auch für die Geltendmachung der Wandlung oder Minderung Bedeutung. Da diese Ansprüche eine individuell bestimmte Sache voraussetzen, eine solche beim Gattungskauf aber erst durch die Vereinfachung bestimmt wird, können sie erst nach dieser erhoben werden [24].

3. Wichtiger und häufiger sind die Fälle, in denen die Verschlechterung der Gattungssache erst nach Gefahrübergang eintritt. Dann gilt vollkommen dasselbe wie bei dem Stückkauf. Hier kann Abweichendes auch garnicht gelten, da durch die Vereinfachung der Schuld der Gattungskauf rechtlich zu einem Stückkauf geworden ist und der Gefahrübergang sich begriffsnotwendig stets auf eine bestimmte Einzelsache beziehen muß. Der Nachlieferungsanspruch kommt hier nicht mehr in Frage, da er nur die bis zum Gefahrübergang entstehende Verschlechterung infolge seiner Durchführung als Gewährleistungsanspruch berücksichtigt. Hiernach trägt der Käufer den Schaden aller Mangelhaftigkeit, die nicht von dem Verkäufer verursacht wurde. Ihm stehen dann die Ansprüche aus §§ 325 f. in dem in § 11 gekennzeichneten Umfange zu.

3. Abschnitt.

Verletzung von Nebenpflichten.

§ 13.

Schlechterfüllung und Abschlußverschuldenshaftung im allgemeinen.

1. Aus den bisherigen Ausführungen geht hervor, daß die mangelhafte Beschaffenheit der versprochenen Sache in erster Linie die Gewährleistungspflicht berührt, welche die durch die Mangelhaftigkeit dem Gläubiger entstehenden Nachteile auf rein objektiver Grundlage auszugleichen berufen ist. Diese Aufgabe erfüllt sie nicht in befriedigender Weise. Das zeigt sich sowohl bei der zwischen Kaufabschluß und Gefahrübergang, aber auch bei der nach diesem eintretenden Verschlechterung. Bei jener ergibt sich als Erfordernis der Billigkeit und der mangelnden gesetzlichen Regelung (§ 324!) die Notwendigkeit einer ergänzenden Anwendung der allgemeinen Vorschriften der §§ 323 ff., die eigentlich unumschränkte Anwendung hätten finden müssen. Diese findet durch das Gewährleistungsrecht gar keine Berücksichtigung.

Aber auch die Haftung auf Grund der verletzten Erfüllungspflicht (Nichterfüllung) ist nicht geeignet, alle Schäden, die dem Gläubiger durch die mangelhafte Beschaffenheit der Sache entstehen, zur Ausgleichung zu bringen. Liefert z. B. der Schuldner einem Photographen Kassetten, die lichtundicht sind, und werden diesem dadurch die eingelegten Platten noch vor der

[23] Mot. II 243.

[24] Kiehl Gruch. 42.609; Planck § 480.2.

Verwendung durch das infolge der Mangelhaftigkeit der Kassetten eindringende Licht belichtet, so kann der geschädigte Photograph weder nach Gewährschaftsrecht noch nach Nichterfüllungsrecht den erlittenen Schaden ersetzt verlangen. Nach beiden Rechten erhält er immer nur den an den Kassetten entstandenen Schaden, u. U. auch den entgangenen Gewinn ersetzt. Die Fälle lassen sich beliebig vermehren. Und doch erfordert unbedingt die Gerechtigkeit, daß der leichtfertige Verkäufer haftet. Hier greifen die Haftungen für Schlechterfüllung und Verschulden beim Vertragsschlusse ein, deren Geltung unzweifelhaft und deren praktische Erforderlichkeit heute darzulegen überflüssig ist.

II. Wenn nun aber weder das Gewährleistungs- noch das Nichterfüllungsrecht jene Fälle zu fassen vermag, so kann als Rechtsgrund jener Haftungen nicht die Verletzung der Gewährleistungs- und Erfüllungspflicht in Frage stehen. Es müssen demnach, wenn das Gesagte richtig ist, außer diesen Pflichten dem Schuldner noch andere Pflichten obliegen, welche eine Haftung zu begründen und das Verhalten des Schuldners zu einem rechtswidrigen zu machen vermögen. Diese Pflichten sind die zahlreichen Nebenpflichten des Schuldners [1]). Bei Rechtsgeschäften auf Leistung von Sachen kommen namentlich die Nebenpflichten zur Erhaltung und Anzeige in Betracht. —

Diese Nebenpflichten haben verschiedene Quellen. Häufig ergeben sie sich unmittelbar aus dem Gesetz [2]) oder dem Vertrag. So begründet § 545 für den Mieter eine Anzeigepflicht der im Laufe der Mietzeit eintretenden Mängel der Mietsache. Ferner legt § 681 dem Geschäftsführer ausdrücklich die Pflicht zur Anzeige der Geschäftsübernahme auf. Aus dem Vertrage ergeben sie sich gewöhnlich dann, wenn sie durch Nebenabreden begründet werden. Sehr oft sind sie aus der Hauptverpflichtung des Schuldners zu schließen. Von diesen haben nur wenige im Gesetz eine ausdrückliche Regelung und Hervorhebung gefunden, so in den §§ 444, 450, 448 [3]). Nur solche Erhaltungs- und Anzeigepflichten kommen hier in Betracht, die akzidentell sind. Infolgedessen gehört hierher nicht die Pflicht des Vermieters, die Mietsache in gebrauchsfähigem Zustande zu erhalten. Sie ist eine Hauptpflicht, deren Verletzung keine Schlechterfüllung oder Abschlußverschuldenshaftung begründen kann [4]). Auf die Erfüllung der Nebenpflichten kann gewöhnlich nicht geklagt werden, da sie meistens nur der Vorbereitung der Hauptleistung dienen. So ist die Pflicht des Mieters, die Mietsache zwecks späterer

---

[1]) Vgl. Aufzählung im RGR § 433.8 I b.

[2]) s. die Zusammenstellung der in Frage kommenden Vorschriften bei Krückmann AZP 101.208 ff.

[3]) Vgl. hierzu Kohler ABR 25.164 ff.; Krückmann AZP 101.181 ff. und FJ 59.318; Zitelmann 275; Leonhard Versch. 30 f.; RGR § 433.8 I c.

[4]) Planck III B I vor § 241; vgl. oben § 6 III.

Rückgabe zu erhalten, nur eine Nebenpflicht [5]). Dieselbe Unterhaltungspflicht trifft den Werkunternehmer bezüglich der zu bearbeitenden, ihm übergebenen Sache. Oft kann das Vorhandensein einer Nebenpflicht sich daraus ergeben, daß der Schuldner kraft Gesetzes für einen eingetretenen Schaden aufkommen muß.

2. Die Bedeutung dieser Nebenpflichten liegt darin, daß sie die Grundlage wegen Schlechterfüllung und Abschlußverschuldens bilden [6]). Sie kennzeichnen ein bestimmtes schuldhaftes Verhalten des Schädigers als rechtswidrig. Hierin stimmen sie mit allen Pflichten überein, die auf Erfüllung gerichtet sind und kein bloßes Haftungsverhältnis (wie die Gewährleistungspflicht) enthalten. Hieraus folgt, daß die Haftung wegen Verletzung der Erfüllungspflicht und nicht dem singulären Gewährschaftsrecht entsprechend gestaltet sein kann. Das zeigt sich in zweifacher Hinsicht. Erstens muß sie demgemäß für die aus ihr entspringenden Ansprüche einen doppelten Tatbestand voraussetzen, den äußeren und den inneren — genau wie die Haftung wegen Verletzung der Erfüllungspflicht. Das ist heute unstreitig. Zweitens muß sie fähig sein, in derselben Art wie die Erfüllungspflicht selbst verletzt werden zu können, also in der Form der Unmöglichkeit oder des Verzuges. Das wird in den §§ 15 und 16 im einzelnen noch zu zeigen sein.

Stellt sich aber die Haftung wegen Schlechterfüllung und Abschlußverschuldens nicht als eine besonder Art der Pflichtverletzung dar, beruht vielmehr das Eigentümliche dieser Haftungen nur in der Nichterfüllung einer Nebenpflicht, so müssen aus dem Begriff dieser Haftungen alle diejenigen Fälle ausgeschieden werden, in denen es sich um Nichterfüllung der Hauptpflicht handelt. Das trifft überall dann zu, wenn diese auf eine Unterlassung mit absoluter Zeitbestimmung geht [7]). Ebenso liegt nur die Verletzung der Hauptpflicht vor, wenn der Schuldner etwas anderes, ein aliud, als das Geschuldete leistet, z. B. statt eines Reit- ein Wagenpferd. Auch im Falle der auf die Mangelhaftigkeit der Sache gestützten Ansprüche kommt nur die Nichterfüllung der Hauptpflicht in Betracht. So wenn der Verkäufer die Gattungssache in mangelhafter Beschaffenheit oder die Einzelsache mit nachträglichen Mängeln liefert; denn hier mußte er mangelfrei bezw. in dem bei Kaufabschluß bestehenden Zustande leisten. Besonders die Lieferung einer mit ursprünglichen Mängeln behafteten Stücksache beweist die Richtigkeit der dargelegten Ansicht. Der Verkäufer einer Stücksache muß diese

---

[5]) Enneccerus § 351 I und Anm. 2.

[6]) Nach Planck 1 3b vor § 275 nur die „weitaus meisten“; richtig Krückmann AZP 101.204 ff. u. JJ 311 ff.; Predari Gruch. 52 470 f. und für das Abschlußverschulden Leonhard Verschulden 44, 60 ff.

[7]) Enneccerus § 278 I d und Anm. 5; Kiß 176; Zitelmann 269 f.; Lehmann 255 u. AZP 96.92 ff.; Oertmann § 276.6 b γγγ.

bestimmte, ursprünglich mangelhafte Sache leisten, um den Vertrag zu erfüllen. Sträubt er sich gegen die Leistung der so beschaffenen Sache, vielleicht aus reiner Anständigkeit, so droht ihm der Schuldnerverzug. Demnach kann sich die Rechtswidrigkeit der Schlechterfüllung und des Abschlußverschuldens nie aus der Hauptpflicht ergeben. Das offenbart sich besonders klar bei der Abschlußverschuldenshaftung, da bei dieser noch gar keine Hauptpflicht besteht, die verletzt werden könnte. Diese soll erst durch den Abschluß begründet werden. Selbst wenn die Hauptpflicht auf mangelfreie Leistung gerichtet sein sollte, kann sie nicht den Klaggrund für den „besonderen" Schaden abgeben [8], auch dann nicht, falls ihm ein Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung zustehen sollte [9]. Man kann daher allgemein sagen, daß die Schlechterfüllung und das Abschlußverschulden alle diejenigen Fälle der Verletzung einer Verpflichtung sind, die sich weder als Unmöglichkeit oder Verzug darstellen.

2. Gerade bei der erwähnten Geltendmachung des Schadenersatzes zeigt sich die Richtigkeit der dargelegten Ansicht. Verlangt nämlich der Gläubiger Ersatz wegen teilweiser Nichterfüllung gemäß §§ 325, 326 [10], wenn ihm z. B. der Verkäufer eine von ihm schuldhaft verschlechterte Sache leistet, so wird mit diesem Anspruch nur Ersatz des Schadens gefordert, der an der Sache selbst besteht, mithin die Ausgleichssumme zwischen dem Minderwert der Ware und dem vollen Kaufpreise. Begehrt hingegen der Gläubiger Schadenersatz wegen schuldhafter Schlechtleistung oder wegen Abschlußverschuldens, so macht er den besonderen, durch die mangelhafte Leistung an sich nicht gegebenen, wohl aber aus der Verletzung der Erhaltungs- oder Anzeigepflicht fließenden Schaden geltend [11]. Ein Beispiel mag das Gesagte erläutern. Ist das verkaufte Tier nach Kaufabschluß von einer Seuche befallen worden und liefert der Verkäufer dieses Tier, so kann der Käufer zwei besondere Arten von Schadenersatz fordern:

1. den an dem Tiere selbst eingetretenen Schaden gemäß § 325 oder § 326 im Falle des Verschuldens des Verkäufers. Hier ist die Erfüllungspflicht verletzt, da das Tier in dem bei Vertragsabschluß befindlichen Zustand geliefert werden mußte.

2. den dadurch eingetretenen besonderen Schaden, daß sich die Seuche des gelieferten Tieres auf den Viehbestand des Käufers

---

[8]) Anders Leonhard, Verschulden 24 f.

[9]) Planck § 463.4; Oertmann § 463.5; Siber JJ 50.194; Leonhard Versch. 56; Makower 1208; RG in ständiger Rechtsprechung 53.89, 59.156, 63.112, 66.337, Gruch. 48.900, Seuff. Arch. 60.413, R 03.78, JW 02. Beil. 339, 04.140, 05.226. — a. M. Werner R 05.303 ff.; Kloß 306; Hellbach 7; v. Blume 223 ff.

[10]) siehe oben § 9 II 3 u. III.

[11]) Leonhard Verschulden 24 ff.; v. Blume 227 ff. Enneccerus § 278 I a u. Anm. 1; Staudinger III 1 vor § 276.

ausdehnte. Hier handelt es sich nur um die Verletzung der Nebenpflicht zur Anzeige.

Somit gibt es deutlich zwei besondere Merkmale der Haftung wegen Schlechterfüllung und Abschlußverschuldens, von denen sich das eine auf die verletzte Pflicht bezieht (nur eine Nebenpflicht) und das zweite auf den Schaden (der weitere, besondere, nicht durch die Leistung selbst verursachte Schaden).

§ 14.

Die Schlechterfüllung.

I. Gerade in den Fällen der Schlechterfüllung bewahrheitet sich die vertretene Ansicht, daß sie ihre Grundlage allein in der Nichterfüllung einer Nebenpflicht findet und daß jede Nichterfüllung nur in der Form des Verzuges und der Unmöglichkeit denkbar ist.

Unter Schlechterfüllung versteht man die schuldhafte Leistung mangelhafter Sachen unter Verletzung der Erhaltungs- oder Anzeigepflicht, sofern hierdurch ein besonderer, durch die mangelhafte Leistung an sich nicht gegebener Schaden verursacht wird. Wenn Enneccerus [1] unter ihr „schuldhaft mangelhafte Erfüllungshandlungen" versteht, so ist seine Definition insofern ungenau, als sie nicht ausdrückt, worin die Erfüllungshandlungen und worin deren Mangelhaftigkeit beruht. Eine mangelhafte Erfüllungshandlung ist auch die Leistung einer vertragswidrig beschaffenen Sache, also z. B. die einer mangelhaften Gattungssache oder einer verschlechterten Einzelsache. Diese allein vermag keine Schlechterfüllung zu begründen, da sie für den Eintritt des besonderen Schadens nicht kausal ist. Ferner kann man da dann nicht von einer „mangelhaften Erfüllungshandlung" sprechen, wenn der Schuldner die Sache nicht mangelfrei, sondern gerade diese Sache, auch wenn sie mangelhaft ist, zu leisten verpflichtet ist und dadurch seine Schuld erfüllt, z. B. beim Stückkauf einer ursprünglich mangelhaften Sache.

Statt der Bezeichnung Schlechterfüllung werden auch die Ausdrücke „positive Vertragsverletzung" oder „Forderungsverletzung" verwendet. Diese Namen sind irreführend. Mit derselben Berechtigung können sie auch auf die Unmöglichkeit und den Verzug angewendet werden. Die Forderungverletzung bildet nur den Oberbegriff für die Nichterfüllung von Pflichten, die sich auf die Forderung beziehen. Diese Bezeichnungen sind weiter nichts als eine terminologische Zusammenfassung von Dingen, die miteinander nicht mehr gemeinsam haben als mit der anerkannten Haftung für Unmöglichkeit und Verzug, also nur für eine Schädigung des Gläubigers durch einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand [2]. Denn unter Verletzung des Vertrages oder der Forderung kann nichts anderes verstanden werden als die Verletzung einer dem Schuldner ob-

---

[1]) § 278 I a.

[2]) Planck I 3 a vor § 275 S. 183.

liegenden Pflicht — und unter Verletzung nichts anderes als deren endgültige Nichterfüllung oder verzögerte Erfüllung. Freilich ist auch der Name „Schlechterfüllung" nicht einwandfrei. Auch er drückt nicht aus, worin die schädigende Handlung besteht. Wollte man jedoch — ähnlich der Haftung für Abschlußverschulden — hier von der Haftung wegen Leistungsverschuldens sprechen, so könnte diese Bezeichnung nur auf die Rechtsgeschäfte angewandt werden, die auf Leistung einer Sache abzielen, was zweifellos nicht alle Fälle der Schlechterfüllung deckt.

II. Die Schlechterfüllung beruht auf der Verletzung einer Nebenpflicht. Nur deren Nichterfüllung und nicht die der Hauptpflicht kann das Verhalten des Schuldners zum rechtswidrigen machen, wie schon ausgeführt wurde. Bei den Sachverträgen, die für diese Arbeit nur in Betracht kommen, sind es die Nebenpflichten auf Erhaltung und Anzeige. [3])

1. Die Erhaltungspflicht geht auf die Erhaltung von Rechtsgütern, insbesondere von Sachen (die von Personen interessiert in diesem Zusammenhang nicht) in einem bestimmten Zustand. Als Nebenpflicht wird sie dadurch gekennzeichnet, daß sie nur die Vorbereitung und Ermöglichung der Hauptleistung bezweckt. So hat der Verkäufer die Einzelsache in dem bei Vertragsabschluß befindlichen Zustand zu bewahren [4]), namentlich hat er für die Fütterung des verkauften Tieres Sorge zu tragen. Dem Unternehmer liegt die Pflicht ob, die ihm zwecks Bearbeitung übergebene Sache vor Gefahren zu bewahren.

2. Die Anzeigepflicht geht auf Mitteilung einer Tatsache an den Gläubiger in dessen Interesse. Wo von der Anzeige nur die Erhaltung eines Vorteils für den Anzeiger selbst abhängt, liegt nur ein Gebot des eigenen Interesses, nicht aber eine Pflicht vor [5]). Da man nur bekannte Tatsachen anzeigen kann, muß dem Schuldner überall da, wo an die Nichtanzeige einer unbekannten Tatsache, die er aber hätte kennen müssen (§ 122 II § 307) oder grobfahrlässig nicht kannte (§ 523 II § 524 II), außer der Anzeigepflicht auch eine besondere Erkundigungspflicht obliegen. Dies gilt sowohl für das Verschulden bei der Leistung als auch hauptsächlich (wie in den angeführten §§) für das Verschulden beim Abschluß. Die Anzeige- und Erkundigungspflicht gibt es demnach nicht nur im Rechte der Schlechterfüllung [6]).

3. Die Rechtswidrigkeit des schuldhaften Verhaltens wird auch in der Verletzung einer Sorgfaltspflicht erblickt [7]).

---

[3]) Oertmann in Ehrenberg IV 2 450 Anm. 6; Staudinger IV vor § 275.

[4]) Oertmann 2 c vor § 459: „Sachgemäße Behandlung und Beaufsichtigung"; anders Endemann I § 161 Anm. 20.

[5]) Planck I 3 b β vor § 275 S. 187.

[6]) Krückmann AZP 101.208 f.

[7]) Leonhard Verschulden 44, 60 f.

Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß es streng genommen eine derartige Pflicht nicht geben kann, die Sorgfalt ist nicht der Inhalt und der Gegenstand einer besonderen Pflicht, sondern nur die Eigenschaft eines Verhaltens. Sie qualifiziert das Verhalten und schweigt darüber, wozu der Schuldner verpflichtet ist, ob zur Erkundigung oder zur Anzeige oder Erhaltung. Sorgfältig müssen auch diese Pflichten erfüllt werden. Andernfalls treten die Folgen unsorgfältiger Pflichterfüllung, d. h. der Verletzung der Pflicht in der objektiven Form der Unmöglichkeit oder des Verzuges und der subjektiven des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit ein. Die Sorgfalt berührt also die Verschuldensseite und kann daher nicht zur Bezeichnung einer Pflicht verwendet werden. Die sog. Sorgfaltspflicht kann folglich auch nicht als ein Mehr neben diesen Pflichten gedacht werden [8]. Faßt man allerdings darunter sämtliche Nebenpflichten zusammen, so kann grundsätzlich nichts gegen diese Bezeichnung gesagt werden. Sie ist dann in dieser Verallgemeinerung zwar eine ungenaue Bezeichnung, die aber für sich den Vorteil der Einfachheit hat.

III. Wie jede Hauptpflicht, die auf eine bestimmte Erfüllung und nicht primär auf eine Haftung gerichtet ist, kann auch die Nebenpflicht nur in der Form des Verzuges und der Unmöglichkeit verletzt werden. Ja, es ist daran festzuhalten, daß die Unmöglichkeit als endgültige Unbewirkbarkeit und Verzug als Verzögerung der geschuldeten Erfüllung nicht nur die allein geregelten, sondern auch die allein denkbaren Formen der Pflichtverletzung sind, soweit als Folge der schuldhaften Nichterfüllung sich eine Schadenersatzpflicht ergibt. Im Gegensatz hierzu behauptet eine zuerst von Staub [9] aufgestellte Lehre, daß es neben jenen beiden noch eine dritte Gruppe von Schadenersatzpflichten auf Grund „positiver Vertragsverletzung" gebe, welche als selbständige Form der Erfüllungsbeeinträchtigung zu gelten habe [10]. Die Grundlage dieser Ersatzpflichten sei die Analogie des Verzuges [11] oder § 276 [12] oder auch die freie richterliche Rechtsfindung [13]. Diese Lehre ist in der rechtlichen Charakterisierung der Form der Erfüllungsbeeinträchtigung und der Pflichtverletzung falsch. Ihr Fehler liegt darin, daß sie die Unmöglichkeit und den Verzug nur auf die Hauptpflichten des Schuldners allein bezieht und nicht auch auf die zahlreichen Nebenpflichten [14]. Werden diese nicht erfüllt, so kann der daraus

---

[8] Oertmann § 241.4 c; Planck I 3 b β vor § 275; Enneccerus § 267 Anm. 4; Siber JJ 50.212.

[9] Festgabe für den 26. Dtsch. J. T. 02 S. 29 ff.

[10] Doerr R 08.207.

[11] Staub. Pos. Vertragsverletzung 04. u. 1913.

[12] Krückmann AZP 101.190 ff.; Müller R 02.282; Dernburg DJZ 03.1; Dür.-Hachenb. III 71, 265; RG 52.18, 202.

[13] Kiß 190 ff.

[14] Planck I 3 a vor § 275 ff. S. 183.

entstehende Schaden auch nur wie bei der Verletzung der Hauptverpflichtung auf eine endgültige oder verzögerte Nichterfüllung zurückgeführt werden. Sagt man hingegen einfach, der Schuldner hafte wegen Zuwiderhandlung gegen den Vertrag oder wegen Verletzung des Vertrages oder gar auf Grund Verschuldens, so versperrt man sich von vornherein die Möglichkeit einer richtigen Erkenntnis [15].

Die Richtigkeit der dargelegten Ansicht beweist eine Untersuchung über die Nichterfüllung der Erhaltungs- und Anzeigepflicht.

1. Liegt dem Schuldner die Pflicht ob, eine Sache in einem bestimmten Zustand zu erhalten, so kann er ihr dadurch zuwider handeln, daß er sie entweder garnicht oder zu spät erfüllt. Eine dritte besondere Form der Beeinträchtigung, der Nichterfüllung, ist undenkbar. Die endgültige Nichterfüllung liegt hier vor, wenn die zu erhaltende Summe nicht erhalten geblieben ist. Der daraus entstehende Schaden ist demnach Unmöglichkeitsschaden. Ob der Erfolg sich wieder herstellen läßt oder nicht, macht dabei nichts aus, da eine Erhaltung für die Vergangenheit nicht möglich ist. Als Verzugsschaden hingegen muß er dann angesehen werden, wenn die Sache zwar erhalten geblieben ist, aber mit einem für den Gläubiger ungünstigen Erfolg, z. B. wenn er selbst die Erhaltungskosten aufgewandt hat [16].

2. Auch die Verletzung der Anzeigepflicht zeigt, daß die Schlechterfüllung ihrem geschuldeten Erfolge nach nur ihre endgültige Nichterfüllung oder verzögerte Erfüllung und keine dritte selbständige Form der Nichterfüllung ist. Leistet z. B. der Verkäufer das verkaufte Tier mit der ihm anhaftenden ansteckenden Krankheit, ohne den Käufer darauf aufmerksam zu machen, und infiziert dieses Tier den ganzen Viehbestand des Käufers, so ist unzweifelhaft, daß der Verkäufer für den daraus erwachsenden Schaden aufkommen muß. Das Verschulden allein kann den Ersatzanspruch nicht begründen, vielmehr muß das Verhalten auch rechtswidrig sein. Das Merkmal der Rechtswidrigkeit kann nicht der Hauptpflicht, die ja durch die Leistung des kranken Tieres erfüllt wird, sondern nur der Nebenpflicht zur Anzeige entnommen werden. Wie soll diese aber anders als durch endgültige Nichtbewirkung oder Verzögerung verletzt werden? Entweder macht der Schuldner die Anzeige, dann wird der Infektionsschaden vermieden, oder er erstattet sie garnicht oder zu spät, dann muß hierdurch die Beschädigung des Viehbestandes des ahnungslosen Käufers verursacht werden. Im Falle der nichterfüllten Anzeige handelt es sich nur um Verzugsschaden, da eine Anzeige immer bewirkbar ist. Sie kann nur verzögert, d. h. nicht rechtzeitig erstattet werden.

---

[15]) So Leonhard, Verschulden 43.

[16]) Planck I 3 b α bb S. 187.

IV. Die logische Folge der Erkenntnis, daß die Schlechterfüllung auf der Verletzung einer Nebenpflicht in der Form der Unmöglichkeit und des Verzuges beruht, ist, daß daraus für den Gläubiger Ansprüche nach Analogie der Vorschriften über Unmöglichwerden und Verzug der Leistung entstehen, — nach Analogie deshalb, weil das Gesetz in den §§ 323 ff. nur die Nichterfüllung der Hauptpflichten berücksichtigt. Diese Folgerung ist für die undenkbar, welche in der Schlechterfüllung eine dritte besondere Form der Nichterfüllung erblicken. Je nachdem die Nichterfüllung der Nebenpflicht auf Verzug oder Unmöglichkeit beruht, treten folglich die darüber im Gesetz ausgesprochenen Rechtswirkungen der §§ 286 ff., 326 oder der §§ 280, 323—25 entsprechend ein [17]. Hauptsächlich handelt es sich um die Geltendmachung des Ersatzes des durch die schuldhafte Schlechterfüllung verursachten Schadens gemäß § 280 oder § 286. Ferner steht dem Gläubiger bei gegenseitigen Verträgen ein Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung und ein Rücktrittsrecht nach analoger Anwendung des § 326 oder des § 325 zu, wenn er an der Vertragserfüllung kein Interesse mehr hat [18]) oder ihm die Annahme als Erfüllung nicht mehr zugemutet werden kann [19]).

V. Die Erhaltungs- und Anzeigepflicht können rechtlich zusammentreffen [20]). Verunreinigt z. B. der Schuldner die zu liefernde Sämerei und macht er von der Verunreinigung dem Gläubiger keine Mitteilung, sodaß dieser durch die Vermischung mit der eigenen einwandfreien Sämerei einen Schaden davon trägt, so hat der Schuldner durch die Verunreinigung die Erhaltungspflicht und durch die unterlassene Mitteilung seine Anzeigepflicht verletzt [21]). Jede dieser Pflichtverletzungen allein macht das schuldhafte Handeln des Schuldners schon zum rechtswidrigen. Dem Gläubiger steht es frei, welche Pflichtverletzung er rügen will. — Der einzelne Tatbestand kann aber auch die Verletzung nur der einen Pflicht enthalten. Das trifft im obigen Beispiel dann zu, wenn die Verunreinigung zufällig eintrat. In diesem Falle kann nur die Verletzung der Anzeigepflicht in Betracht kommen. Und hatte der Verkäufer von der Verunreinigung keine Kenntnis, so kann für den Schaden nur eine Verletzung der Erkundigungspflicht ursächlich gewesen sein.

§ 15.

Verschulden beim Vertragsschluß.

Daß der Schädiger für den durch sein Verschulden beim Abschlusse eines Rechtsgeschäfts verursachten Schaden aufzukom-

[17]) Zitelmann § 265 f.; Enneccerus § 278 II; Leonhard Lehrb. 66; Oertmann in Ehrenberg IV 452 ff.; falsch Dernburg DJZ 03.1.

[18]) RG 54.98, 57.106, 67.7.

[19]) Enneccerus § 278 II 2; RG Gruch. 65.221, JW 06.300 Nr. 3, LZ 15.623, Warn. 17 Nr. 83 u. 18 Nr. 137.

[20]) Anders **Kiß** 189 f.

[21]) **Planck** I 3 b β vor §§ 275 ff. S. 188.

men hat, ist heute eine ausgemachte Sache [1]). Es erübrigt sich daher, darauf einzugehen, daß die Haftung für Abschlußverschulden nicht nur dem früheren Recht (so vor allem dem ALR I 5 §§ 284, 320, 325 ff.) bekannt ist [2]), ein dringendes praktisches Bedürfnis sie erfordert [3]), sondern auch, daß sie dem Geiste unseres Gesetzbuches entspricht [4]). Nicht so klar scheinen die Ausführungen der meisten Schriftsteller über die Voraussetzungen dieser Haftung zu sein. Daher soll auf den rechtlichen Aufbau des aus ihr erwachsenden Schadenersatzanspruches an dieser Stelle näher eingegangen werden.

I. Dem Schadenersatzanspruch wegen schuldhaften Verhaltens beim Vertragsabschluß liegt wie jedem Ersatzanspruch wegen schuldhafter Pflichtverletzung ein äußerer und innerer Tatbestand zugrunde.

1. Der äußere Tatbestand enthält die Merkmale

a) des Eintritts eines besonderen Schadens,

b) der Pflichtwidrigkeit des Verhaltens,

c) der Verursachung,

d) nicht dagegen das eines gültigen Geschäftsabschlusses.

Ueber die Voraussetzungen des Eintritts eines besonderen Schadens [5]) und der Verursachung ist nichts der Abschlußverschuldenshaftung Eigentümliches zu erwähnen, wohl aber über die Voraussetzung der Pflichtwidrigkeit und die eines gültigen Geschäftsabschlusses.

a) Die Pflichtwidrigkeit des schuldhaften Verhaltens beruht auf einer Verletzung der Anzeigepflicht [6]), also einer Nebenpflicht. Das beweisen klar die §§ 443, 463.2, 524, 600, 637, 663, 675, 694, die bei unbefangener Betrachtung nichts anderes als eine Abschlußverschuldenshaftung und Verletzung einer Anzeigepflicht enthalten. Denn wo das Gesetz an die Verschweigung bestimmter Tatsachen Rechtsfolgen knüpft, welche die für den Gläubiger aus dem schuldnerischen Verhalten entstandenen Nachteile, welche durch eine Anzeige jener Tatsachen vermieden worden wären, ausgleichen sollen, muß auch eine Pflicht zur Anzeige dem Schuldner obliegen. So erwähnen denn auch die §§ 663, 675 diese ausdrücklich. Mit Recht erklärt somit Krückmann [7]), die Haftung wegen Abschlußverschuldens sei ein Problem der Anzeigepflicht und ihrer Verletzung. Hieraus folgt, daß der Schädiger nur den Schaden zu ersetzen hat, der durch die

---

[1]) RGR § 276.1.

[2]) Leonhard Verschulden 3 ff.; Förster-Eccius I § 85.

[3]) Leonhard Verschulden 10 ff.

[4]) Leonhard Verschulden 42 ff.

[5]) Vgl. oben § 13 II 2.

[6]) RGR § 276.1 „Offenbarungspflicht"; Staudinger IV vor § 276; RG Seuff. A. 56,392.

[7]) JJ 59.325.

Nichtanzeige verursacht wurde, mithin das Anzeigeinteresse, das durch das positive Erfüllungsinteresse begrenzt wird [8]).

Mit der Anzeigepflicht allein kommt man aber nicht immer aus. Dies gilt namentlich für die Tatbestände der gesetzlichen Bestimmungen, in denen eine Haftung, die ihrem gesetzgeberischen Grunde nach nur auf Abschlußverschulden beruhen kann, auch bei bloßer fahrlässiger Unkenntnis gewisser Umstände eintritt (§§ 179, 307, 309). In diesen Fällen muß dem Schuldner neben der Anzeigepflicht auch eine Verpflichtung zur Erkundigung obliegen; denn Unbekanntes mitzuteilen kann man nicht verpflichtet sein [9]). Die Anzeige- und Erkundigungspflicht dürfen nicht auf die im Gesetz gegebenen Tatbestände beschränkt werden, sonst hätte die Haftung wegen Abschlußverschuldens nur theoretische Bedeutung. Sie müssen vielmehr über diese hinaus nach Leonhards Vorbild von der arglistigen Verschweigung auf die vorsätzliche oder fahrlässige Verschweigung jener Tatsachen und von diesen aus auf jede vorsätzliche oder fahrlässige Verschweigung aller erheblichen Umstände nicht nur bei dem Abschluß von Verträgen, sondern jeden Rechtsgeschäftes erstreckt werden [10]).

Nicht jede Verletzung der Anzeige- oder Erkundigungspflicht kann das Verhalten des schuldhaften Schädigers zum pflichtwidrigen machen. Eine allgemeine Erkundigungs- und Anzeigepflicht kann, da sie die Haftung ins Absurde triebe, nicht anerkannt werden [11]). Es ist vielmehr stets zu prüfen, ob die Mitteilung der in Frage stehenden Umstände nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erwartet werden konnte [12]). Eine ideale Gesinnung darf keineswegs erfordert werden [13]). Jeder Vertragsschließende hat grundsätzlich seine Belange selbst zu wahren: ius vigilantibus scriptum. Sehr viel kommt hierbei auf die Person der Parteien an. So kann man erwarten, daß jeder, der Fachmann ist oder sich als solcher aufführt, über die Ware unterrichtet ist [14]). Die Bedeutung der Anzeigepflicht erschöpft sich hiernach nicht darin, das Merkmal der Pflichtwidrigkeit des schuldhaften Handelns abzugeben, sondern die Haftung auch zu begrenzen. Auf diese Weise führt sie diese Haftung auf ein der Billigkeit entsprechendes Ausmaß zurück.

---

[8]) Leonhard Verschulden 56; Enneccerus § 266 Anm. 4; Krückmann AZP 101.181 ff. u. JJ 59.311 ff.; RG 103.50 u. 159.

[9]) Leonhard Versch. 13 f., 63; Planck I 4 a vor § 275 S. 190 f.

[10]) So im Anschluß an Leonhard: Oertmann LZ 14.513 ff.; Planck I 4 b vor § 275 ff. S. 192; RGR § 476.1; vor allem RG in 95.58, 97.327, 103.49 u. 81, JW 03 Beil. 99 Nr. 223, 05,13 Nr. 4, 12.743 Nr. 5, 15.240 Nr. 3 u. 577 Nr. 10, 18.613 Nr. 3.

[11]) Leonhard Versch. 60 ff.; Enneccerus § 266 III.

[12]) RG 62.150.

[13]) Leonhard Verschulden 61; Beer DJZ 04.88; RG JW 04.197.

[14]) Vgl. im einzelnen Leonhard Versch. 60 ff.

b) Die Haftung wegen Abschlußverschuldens setzt keinen gültigen Geschäftsabschluß voraus, sondern kommt auch bei ungültigen Verträgen in Betracht. Dieser Satz ist freilich bestritten. So vertritt Leonhard [15]) die gegenteilige Meinung mit der Begründung, daß die verletzte Anzeigepflicht [16]) eine vertragliche sei und infolgedessen bei ungültigen Verträgen undenkbar sei. Daß die Anzeigepflicht eine vertragliche ist, kann nicht bezweifelt werden. Daraus folgt aber nicht, daß die Abschlußverschuldenshaftung nicht bei der Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts eintritt. Denn wenn diese vertragliche Pflicht aus dem gültigen Vertragsabschluß erwächst, könnte sie erst nach, nicht aber schon vor endgültigem Geschäftsabschluß wirksam und verletzt werden. Auch wenn man die Besonderheit dieser Pflicht darin sähe, daß sie eine Vorwirkung ausübt, wäre nicht mehr gewonnen. M. E. liegt der Grund, daß auch bei ungültigen Verträgen die Abschlußschuldenshaftung eingreifen muß, darin, daß die Anzeigepflicht in dem Zeitpunkte entsteht, in dem die Vertragsverhandlungen beginnen. Auf andere Weise läßt sich die Haftung weder bei gültigen noch ungültigen Verträgen rechtfertigen. Außerdem wäre es merkwürdig zu sagen, daß die Verhandlungen, die im Geschäftsabschluß ihr Ziel erreichten, aus diesem ihre rechtliche Relevanz herleiten. Nur die (zeitlich) vor dem endgültigen Abschluß liegenden Verhandlungen können für den besonderen Schaden ursächlich sein.

Wenn auch zugegeben werden muß, daß dann, wenn ein wirksamer Vertrag nicht zustande kommt, eine unterlassene Anzeige in der Mehrzahl der Fälle keinen Schaden herbeiführt, so darf dies grundsätzlich nichts ausmachen: wenn trotzdem ein Schaden entsteht, muß er auch ersetzt werden. Das hat sowohl für die Rechtsgeschäfte zu gelten, die von Anfang an nicht bis zum wirksamen Geschäftsabschluß verlangen, als auch für die, welche zwar nach Parteiabsicht endgültig abgeschlossen sind, aber aus einem besonderen Grunde von der Rechtsordnung für unwirksam erklärt werden. Ersteres trifft z. B. zu, wenn der Hinterleger bei einem Minderjährigen ohne vormundliche Zustimmung eine Sache unter Verschweigung ihrer gefahrdrohenden Beschaffenheit in Verwahrung gegeben hatte oder wenn der Verkäufer einem Minderjährigen die Minderwertigkeit des verkauften Oeles verschweigt, das die zu ölende Maschine ruiniert, und dieser so einen besonderen Schaden erleidet. Letzteres zeigt sich hauptsächlich in den Fällen, in welchen die Nichtigkeit des Vertrages auf der Vernachlässigung zwingender Formvorschriften beruht. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Verkäufer eines formnichtig verkauften Grundstückes nicht wegen Abschlußverschuldens haften soll, wenn er z. B. das Vorhandensein einer ge-

[15]) Leonhard Verschulden 58.

[16]) Wenn er die Rechtswidrigkeit in dem Verstoß gegen eine Sorgfaltspflicht erblickt, so macht das für die Beweisführung keinen sachlichen Unterschied aus.

fährlichen Falltür oder etwa das Fehlen einer Treppenstufe verschweigt. Man wende nicht ein, daß hier meistens eine Haftung wegen unerlaubter Handlung gegeben ist; denn diese kann keineswegs alle in Betracht kommenden Fälle decken [17].

In allen diesen erwähnten Fällen erfordert die Billigkeit unbedingt die Haftung des schuldhaft abschließenden Schädigers [18].

Aber nicht bei jedem nichtigen Rechtsgeschäft kann die Abschlußverschuldenshaftung eingreifen. Es muß vielmehr der Nichtigkeitsgrund abgestellt werden. Wo die Nichtigkeit auf Formmangel, Minderjährigkeit des Geschädigten (schwebende Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts) beruht, ist sie zu bejahen. Sie muß aber dann ausgeschlossen werden, wenn sie auf Geschäftsunfähigkeit beruht; denn die Handlungen eines Geschäftsunfähigen erzeugen höchstens eine Schadenersatzpflicht nach § 829. Namentlich aber muß die Haftung bei gesetzwidrigen Geschäften verneint werden, so besonders bei unsittlichen und wucherischen. Dagegen ist die Haftung zulässig, wenn der Vertrag durch Anfechtung zerstört worden ist, insbesondere durch Irrtumsanfechtung, nicht aber bei der wegen Drohung des Geschädigten erfolgten Anfechtung. Ist der Schädiger ein Minderjähriger, so verbleibt es bei den allgemeinen Bestimmungen der §§ 106 ff.

2. Der innere Tatbestand enthält die Verschuldensseite. Die Nichtanzeige muß schuldhaft sein. Für den Grad des verpflichtenden Verschuldens sind die allgemeinen Regeln der §§ 276 ff. entsprechend anzuwenden, wie sie das Gesetz für die Erfüllung aufstellt. In der Regel haftet hiernach der Schädiger für Vorsatz und Fahrlässigkeit [19]. § 278 findet entsprechende Anwendung auf die Abschlußgehilfen (hauptsächlich auf Vertreter) [20]; ebenso sind die §§ 521, 599, 690 (§ 277) entsprechend anwendbar. Die Schuldausgleichung ist in entsprechender Anwendung des § 254 uneingeschränkt zulässig [21]. Gleiche Schuld des Geschädigten schließt daher stets die Haftung aus [22].

Der Vorsatz oder die Fahrlässigkeit kann sich auf die Kenntnis oder Unkenntnis erheblicher Umstände beziehen. Dort kommt nur eine schuldhafte Verschweigung in Frage, hier dagegen eine schuldhafte nicht erfolgte Untersuchung oder Erkundigung. Allgemein abstrakt muß in jedweder verschwiegenen Kenntnis der Umstände, die dem Vertragsgegner von dem Abschluß zurückhalten könnten, ein Verschulden erblickt werden. Denn die Schuld ist nichts anderes als der innere ursächliche Zusammenhang zwischen dem eingetretenen Erfolge und dem Willen, dem Bewußtsein,

[17] Leonhard Verschulden 32 ff.; Oertmann LZ 15.513 ff.

[18] Planck I 4 b α vor § 275; Enneccerus § 265 Anm. 5.

[19] Heute allgemein anerkannt: Klein 90 ff., 127 ff., Krückmann AZP 101.197, 232; RG 52.174, JW 02 Beil. 152.

[20] Leonhard Versch. 46 ff. 65; RG 62.319, JW 03.152.

[21] Leonhard Versch. 46 ff., 65 ff.; Enneccerus § 226 Anm. 5; Endemann I § 80 Anm. 17; Rehbein I 257 ff.; Oertmann § 307.4; RG 97.366, 103.50; anders Schneider JJ 53.24 ff.

[22] etwas abweichend Krückmann AZP 101.206 ff.

des Verschweigers. Das ist aber bei jeder schuldhaften Kenntnis der Fall. Ob die schuldhafte Handlung im gegebenen Fall zur Ersatzpflicht führt, ist eine reine Frage der Pflichtwidrigkeit der Handlung und hat mit der Verschuldensfrage nichts zu tun. Demnach kann die Haftung nur durch das Merkmal der Pflichtwidrigkeit auf einen billigen Umfang beschränkt werden.

II. Die Haftung wegen Abschlußverschuldens kann mit der wegen Schlechterfüllung konkurrieren. Unzweifelhaft ist dies namentlich in den Fällen, in denen Abschluß und Leistung zeitlich zusammenfallen. Dann hat der Geschädigte zwei verschiedene Klaggründe. Ob er seine Ansprüche auf diesen oder jenen stützt, hängt nicht nur davon ab, wessen Voraussetzungen er leichter beweisen kann, sondern auch davon, welche Rechte er erheben will. Die Abschlußverschuldenshaftung gewährt ihm nur den Ersatz des Anzeigeinteresse, auf Grund der Schlechterfüllung kann er auch Schadenersatz wegen Nichterfüllung begehren oder Rücktritt erklären.

Ob das Verschulden bei der Erfüllung oder dem Abschluß vorlag, ist eine reine Frage der Verursachung. Es kann sein, daß dem Schädiger nur bei der Erfüllung, nicht auch bei dem Abschluß ein Verschulden zur Last fällt. Das ist z. B. dann der Fall, wenn ihm bei Vertragsabschluß der den Schaden verursachende Umstand trotz sorgfältiger Untersuchung unbekannt blieb. Hier konnte er infolgedessen die gefahrdrohende Beschaffenheit der Sache bei dem Abschluß nicht anzeigen. Lernt er ihn aber später kennen, so erforderte die ihm nach Kaufabschluß obliegende Anzeigepflicht dem Vertragsgegner alsbald davon Mitteilung zu machen. Im Falle der Unterlassung haftet er daher nach den Regeln der Schlechterfüllung. Wenn aber umgekehrt dem Schädiger der gefahrdrohende Umstand bei Vertragsabschluß bekannt war, dieser aber nach Abschluß und bei der Erfüllung auf Grund sorgfältiger Untersuchung nicht mehr zu entdecken war, könnte nur eine Schadenersatzpflicht wegen Abschlußverschuldens in Frage kommen. Diese kann hier aber den Schädiger aus Billigkeitsgründen nicht auferlegt werden.

3. Teil.

Erfüllungs- und Gewährleistungsrecht bei den einzelnen Verträgen unter Ausschluß des Kaufes.

§ 16.

Erfüllung mit mangelhaften Sachen bei Werkvertrag, Werklieferungsvertrag, Miete und Pacht.

Außer im Kaufrecht und den ihm hinsichtlich der Gewährleistung gleichgestellten Verträgen findet sich im Gesetz noch eine Regelung der Gewährleistungspflicht bei der Miete, der Pacht, dem Werk- und Werklieferungsvertrag. Bei diesen Sachverträgen zeigt das Gewährschaftsrecht gegenüber dem des Kaufrechtes erhebliche Unterschiede.

I. Der Werkvertrag.

Da die Gewährleistungspflicht des Unternehmers in großen Zügen der des Verkäufers nachgebildet ist, so empfiehlt es sich, ihn zuerst einer Prüfung zu unterziehen.

1. Nach § 631 wird der Unternehmer „verpflichtet" zur „Herstellung" des versprochenen Werkes. Die Wendung „verpflichtet" und „Herstellung" drücken die Erfüllungspflicht des Unternehmers aus. Diese wird im § 633 dahin weiter umschrieben, daß der Unternehmer „verpflichtet" ist, das Werk so herzustellen, daß es „die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet" ist. Demnach macht hier das Gesetz die Herstellung des mangelfreien Zustands zur echten Schuldnerpflicht, zur Erfüllungspflicht. Während es beim Kauf die Erfüllungspflicht nur auf die Verschaffung der Sache schlechthin (frei allerdings von Mängeln rechtlicher Art) und für ihre Beschaffenheit die besondere Pflicht zur Gewährleistung vorgeschrieben hat, vereint es beim Werkvertrag beide Pflichten. Würde das Gesetz diese seine Auffassung rein durchführen, so wäre für eine Gewährleistungspflicht kein Raum. Jede Verletzung der so geregelten Erfüllungspflicht hinsichtlich desjenigen, was man als Sachmangel bezeichnet, müßte die Rechtsfolgen der Nichterfüllung gegenseitiger Verträge herbeiführen. In gewissem Umfange ist dies auch in dem Anspruch auf Ausbesserung des § 634 durchgeführt. Bietet nämlich der Unternehmer dem Besteller das Werk in mangelhaftem Zustande an, so kommt er seiner Pflicht, das Werk in mangelfreier Beschaffenheit herzustellen, nicht vollständig nach. Einem solchen mangelhaften Angebot kann infolgedessen mit Erfolg die Nichterfüllungsrüge aus § 320 entgegengesetzt werden [2]. Außerdem kann der Besteller vollständige Erfüllung des Vertrages verlangen. Diese kann, da die Unvollständigkeit der Leistung in der Mangelhaftigkeit der Sache liegt, nur in der Beseitigung des Mangels bestehen. Der Ausbesserungsanspruch des Bestellers nach § 636 II 1 ist folglich nichts anderes als der Erfüllungsanspruch [3]. In folgerichtiger Weise gibt das Gesetz daher auch, solange die Ausbesserung (vollständige Herstellung gleich Erfüllung) möglich ist, dem Besteller noch keine anderen Rechte aus der Nichterfüllung [4].

Allein, diesen theoretisch einwandfreien und folgerichtigen Schritt, neben einer so gearteten Erfüllungspflicht von einer Gewährleistungspflicht abzusehen, hat das Gesetz nicht getan. § 634 I 1 gewährt dem Besteller die Rechte der Wandlung und Minderung, die auch hier echte Gewährleistungsansprüche sind, da sie von jeglichem Verschulden des Unternehmers absehen [5],

---

[1]) Schöller 253.

[2]) Leonhard Lehrb. 83; RG 58.173, 69.381, JW 10.806,

[3]) Leonhard Lehrb. 83 III B 2 B; Brodmann in Ehrenberg IV 2.279; Gierke JJ 54.396 f; ungenau Enneccerus § 371 I 2 „andere Gewährleistungsansprüche".

[4]) Schöller 254; Pisko 27.

[5]) Enneccerus § 371 I 2.

wie sich aus §§ 635 und 634 I 1 ergibt. Allerdings stehen dem Besteller diese Rechte erst nach fruchtloser Fristsetzung zum Zweck der Beseitigung des Mangels zu — ganz im Gegensatz zum Kauf [6]). Diese Fristsetzung ist die Folge der Einräumung des Nachbesserungsanspruchs. — Als weiterer Gewährleistungsanspruch ist das Rücktrittsrecht aus § 636 anzusehen, denn auch dieses setzt keinerlei Verschulden, insbesondere keinen Verzug des Unternehmers voraus [7]). Dagegen kann der Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung gemäß § 635 nicht als Gewährleistungsanspruch angesehen werden, da er an die Voraussetzung geknüpft ist, daß der Mangel des Werkes auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstand, also auf Verschulden beruht [8]).

Somit ergibt sich beim Werkvertrag nicht nur eine völlig andere Regelung des Gewährschaftsrechts als beim Kauf, sondern auch eine Verschachtelung der Rechtsfolgen der Erfüllungs- u. Gewährleistungspflicht.

II. Ueber den Werklieferungsvertrag § 651 ist hier Besonderes nicht zu sagen. Handelt es sich um die Herstellung einer vertretbaren Sache, dann erklärt das BGB schlechthin die Vorschriften über den Kauf für anwendbar. Das Geschäft ist dann also begrifflich und der Wirkung nach lediglich Kauf [9]). Ist dagegen die aus vom Unternehmer selbst zu beschaffenden Stoff herzustellende und zu liefernde Sache nicht vertretbar, so liegt zwar begrifflich ebenfalls Kauf vor, aber die mit der Herstellung der Sache zusammenhängenden Fragen über die Gewährleistungspflicht, den Gefahrübergang und die Abnahmepflicht sind nach dem Rechte des Werkvertrages geregelt. Nur dieser Vertrag verdient daher die besondere Bezeichnung „Werklieferungsvertrag“ [10]). Besonderheiten für die in dieser Arbeit interessierenden Fragen weist dieser Vertrag gegenüber dem Werkvertrag nicht auf.

III. Miete. Nicht nur beim Werkvertrag sondern auch bei der Miete ist eine Verschachtelung von Erfüllungs- und Gewährschaftsrecht festzustellen. Gemäß § 535 ist nämlich der Vermieter nicht zu der Gebrauchsgewährung schlechthin verpflichtet, sondern diese Pflicht ist in § 536 dahin spezialisiert, daß er die Sache „in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande zu überlassen und während der Mietzeit in diesem Zustande zu erhalten“ hat. Aus beiden Bestimmungen ergibt sich die Erfüllungspflicht des Vermieters. Auch hier bezieht sie sich, wie bei dem Werkvertrage und im Gegensatz zum Kauf, auf die fehlerfreie Beschaffenheit der Sache. Und genau wie beim Werkvertrag müßten sich bei folgerichtiger Durchführung der so gearteten Er-

[6]) Leonhard Lehrb. 83.

[7]) Enneccerus § 371 III; Staudinger-Keidel § 636.1.

[8]) Schöller 254.

[9]) Enneccerus § 376 I.

[10]) Enneccerus § 376 II.

füllungspflicht an deren Verletzung stets und ausschließlich die Folgen der Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages anschließen[11]). Daß der Vermieter insbesondere zur Ausbesserung verpflichtet ist, folgt für nachträgliche Mängel aus seiner Erhaltungspflicht, für ursprüngliche aus der Ueberlassungspflicht. Der Ausbesserungsanspruch ist demnach nichts anderes als der Anspruch auf vollständige Erfüllung des Mietvertrages. Für eine echte Gewährleistungspflicht könnte demnach auch hier kein Raum sein.

Diese Verschaffungs- und Erhaltungspflicht wird aber vom Gesetz in ihren Wirkungen anders, als es theoretisch einwandfrei und folgerichtig wäre, behandelt: es spricht insofern eine Gewährleistungspflicht im technischen Sinne des Schuldners aus, als die auf dem § 537 ff. beruhende Haftung ihre Grundlage allein in der tatsächlichen Mangelhaftigkeit der Sache findet und weder einen Verschuldens- noch Schadensnachweis erfordert. In diesen Bestimmungen tut das Gesetz so, als ob in § 536 keine ausdrückliche gesetzliche Pflicht zu mangelfreier Ueberlassung und Erhaltung dem Mieter auferlegt wäre, und gewährt die typischen Gewährleistungsrechte der Wandlung und Minderung. Ausdrücklich findet sich zwar in § 537 nicht diese Bezeichnung, sondern nur die der „Befreiung" des Mieters von der Entrichtung des Mietzinses, je nachdem der vertragsmäßige Gebrauch aufgehoben oder gemindert ist. Es kann aber keinem Zweifel unterliegen, daß mit ersterem die Wandlung, mit letzterem die Minderung gemeint ist. Immerhin darf nicht verkannt werden, daß diese Befreiung von der Zahlung des Mietzinses kraft Gesetzes eintritt, was weder beim Kauf noch beim Werkvertrag der Fall ist. Schließlich ist zu beachten, daß die völlige Befreiung von der Mietzinszahlung nach § 537 nicht, wie die Wandlung es tun würde, den Vertrag rückgängig macht, sondern fortbestehen läßt. Dies erklärt sich nur aus dem Charakter der Miete als eines Vertrages mit dauernder Erfüllungspflicht des Schuldners[12]). Außerdem enthält § 537 eine völlige Gleichstellung der Fehler, die der Sache schon bei der Ueberlassung anhafteten, mit denen, die erst danach entstanden[13]). Im Werkvertragsrecht hingegen besteht hinsichtlich der nachträglichen Fehler (der nach Herstellung entstandenen) keine Gewährleistungspflicht. Daß auch der Schadenersatzanspruch aus der harten Haftung des Vermieters wegen eines ursprünglichen Mangels gemäß § 538 ein Gewährleistungsanspruch ist, kann, da er kein Verschulden voraussetzt, nicht bezweifelt werden. Im übrigen enthält § 538 Verschuldensrecht.

Es ist klar, daß dieselbe Rechtslage für Sach- und Rechtsmängel in dem Falle bestehen muß, in dem das Gesetz die Erfüllungspflicht auf die Freiheit von Sachmängeln erstreckt. Beim Kaufe wurde ausdrücklich festgestellt, daß bei ihm die sog. Ge-

---

[11]) Hinsichtlich der Nichterfüllungsrüge ist das auch anerkannt; Staudinger § 536.2 a; RG JW 06.333.

[12]) Gierke JJ 64.355 ff.

[13]) Schöller 262; Leonhard Lehrb. 78.

währleistung für rechtliche Mängel nichts anderes als die Haftung aus der Erfüllungspflicht ist und eine Gewährleistung i. techn. S. für solche Mängel nicht besteht. Wenn aber das Gesetz ausdrücklich die Erfüllungspflicht auf die natürliche Beschaffenheit der Sache ausdehnt, muß sich denknotwendig eine völlig gleichartige Behandlung der rechtlichen und sachlichen Mängel der Sache ergeben. Das könnte in der Weise erfolgen, daß das Gesetz bei der Haftung für Sachmängel auf die etwa bestehenden Vorschriften über Rechtsmängel oder umgekehrt verweist. Das Mietrecht erbringt hierfür den klassischen Beweis. Da es nur Sonderbestimmungen über Sachmängel hat, verweist es in dem die Rechtsmängel betreffenden § 541 auf jene. Hieraus folgt insbesondere auch, daß der Vermieter nicht nur zur Beseitigung der Sachmängel, sondern auch der Rechtsmängel ohne Rücksicht auf deren Vertretbarkeit gesetzlich verpflichtet ist [14]).

IV. Aehnlich ist die Rechtslage bei der Pacht, nur daß hier der Verpächter außer dem Gebrauch der Sache auch den Genuß der Früchte zu gewähren verpflichtet ist, § 581. Wird letztere Verpflichtung verletzt durch einen Mangel der Sache, so greift die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Miete Platz.

V. Als gemeinsame Merkmale der Regelung der Erfüllung von Gewährleistungspflicht bei diesen Verträgen können somit festgestellt werden:

1. Das Gesetz dehnt ausdrücklich die Erfüllungspflicht auf die mangelfreie Beschaffenheit der Sache aus.

2. Die Auffassung führt das Gesetz nicht folgerichtig durch. Obgleich nämlich neben einer derartigen Erfüllungspflicht für eine echte Gewährleistungspflicht kein Raum wäre, knüpft es trotzdem in den Wirkungen der Verletzung dieser Erfüllungspflicht — nicht in ihren Voraussetzungen — an das Vorbild des Kaufrechts an. Nicht die allgemeinen Rechtsfolgen der Nichterfüllung der Erfüllungspflicht (§ 275, § 280, §§ 284 und 320 ff.) treten bei der Mangelhaftigkeit der Sache ein, sondern die typischen des Gewährschaftsrechts. Das zeigt sich namentlich darin, daß dem Gläubiger die als Gewährleistungsrechte gekennzeichneten Ansprüche ohne jedes Verschulden des Schuldners zustehen und diese wiederum an die natürliche Mangelhaftigkeit der Sache anknüpfen. Freilich macht die Besonderheit dieser Verträge auch eine besondere Regelung der Durchführung dieser Gewährschaftsansprüche notwendig, so z. B. beim Werkvertrag ihre Subsidiarität gegenüber dem primären Erfüllungsanspruch auf Ausbesserung mit regelmäßiger Fristsetzung; beim Mietvertrag Befreiung von der Mietzinszahlung kraft Gesetzes, völlige Befreiung davon führt nicht zur Auflösung des Vertrages usw. Mit Recht kann man daher bei diesen Verträgen von einer Verquickung, einem Ineinanderübergreifen des Erfüllungs- und Gewährleistungsrechts sprechen.

---

[14]) Schöller 263. — Als einzige Divergenz bleibt nur die Unanwendbarkeit des § 539.2.

Lebenslauf.

Ich wurde am 24. 4. 02 zu Schafstädt (Kr. Merseburg) geboren. Seit Ostern 1913 besuchte ich das Progymnasium in Markranstädt (Realschulabteilung) und darauf von Ostern 1916 das Schillerrealgymnasium in Leipzig, wo ich Ostern 1923 die Reifeprüfung bestand. Hiernach wandte ich mich dem Studium der Rechte an den Universitäten Freiburg, München und Marburg von Ostern 1923 bis Ostern 1926 zu. Am 8. September 1926 bestand ich am Oberlandesgericht Kassel die 1. juristische Staatsprüfung. Am 10. Mai 1927 meldete ich mich zur Doktorprüfung bei der juristischen Fakultät der Universität Marburg. Das Regororum fand am 23. Mai 1927 statt.